

A DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA*

MARTIN BULLINGER**

1. *Evolução, função e controle judicial*

1.1 Introdução à problemática de discricionariedade

1. Discricionariedade em sentido amplo¹ é o espaço livre, que a administração pública tem quando sua atuação não está predeterminada por uma lei, nem pode ser controlada pelo tribunal. A discricionariedade administrativa caracteriza-se, assim, por uma dupla independência; pela independência relativamente aos outros dois poderes do Estado: o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

2. A doutrina alemã da discricionariedade desenvolveu-se, em vários aspectos, de modo diferente relativamente a concepções jurídicas estrangeiras. Ela encontra-se há anos num complexo processo de transformação, tendo sido especialmente ameaçada de atrofiamento nas duas primeiras décadas depois da II Guerra Mundial. Isto porque a opinião segundo a qual, no Estado de direito,² a administração pública deve ser regulamentada tanto quanto possível sem lacunas da lei e controlada também, tanto quanto possível, pelo tribunal, ganhou crescente popularidade.³ Entretanto ressurgiu novamente a idéia, ligada à discricionariedade, de que a possibilidade de criação livre da administração pública é imprescindível, em vários setores, para que o Estado possa manter a ordem pública e, assim, proteger os direitos constitucionais do cidadão. Para esta evolução contribuiu de modo decisivo a jurisprudência mais recente do Tribunal Constitucional Federal, ao exigir que o Parlamento regulamente apenas as linhas gerais, dilatando a teoria da essencialidade (*Eesentlichkeitstheorie*) a novos setores da administração pública. Certamente que estas conclusões foram, até hoje, apenas em parte tiradas no que concerne à discricionariedade. Em suma, as afirmações centrais sobre a discricionariedade têm de ser graduadas de forma mais precisa, segundo as dife-

* Tradução do original sob o título, *Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung*, por António Francisco de Sousa, pesquisador da Universidade de Freiburg (República Federal da Alemanha). Este artigo encontra-se publicado na versão alemã na revista *Juristen Zeitung*, 1984, p. 1.001 e segs., e no *Landesbenichte und Genesalbericht der Tagung für Rechtsvergleichung 1985 in Göttingen*, Baden-Baden, Nomos — Verlagsgesellschaft, p. 131 e seg.

** Presidente do Instituto de Direito Público da Universidade de Freiburg, da República Federal da Alemanha.

¹ Com referência também à discricionariedade do planejamento administrativo (*Planungsermessen*) e ao campo de atuação da administração fora da previsão legal; Vgl. Bachof, Z 1972, p. 642.

² Para o Estado de direito alemão: Scheuner. In: 100 Jahre deutsches Rechtsleben, Rd. II (1960), S. 229, segs.; Böckenförde. In: FS für Adolf Arndt (1969), S. 53 e segs.; Stern. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. München, 1977. v. 1, p. 602 e segs.

³ Cf. o comentário crítico de Schmidt, W. *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*. München, 1982. p. 46 e segs.

rentes funções que a administração pública tem para o preenchimento das suas mais variadas funções.⁴

3. De imediato, deve ser demonstrado como é que a doutrina da discricionariedade alemã entrou em crise, da qual ela pôde libertar-se com ajuda da recente *Wesentlichkeitstheorie* do Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*). Depois será esclarecida a diferença de funções e formas de decisão da discricionariedade. A concluir, extrairemos as conclusões que uma tal análise funcional diferenciada poderá trazer para a discricionariedade.

1.2 Mudança da idéia de discricionariedade administrativa

1.2.1 A idéia de partida

1. Na opinião clássica da doutrina e da jurisprudência dos tribunais administrativos da segunda metade do século XIX, era, sem mais, legítimo deixar à administração pública um espaço livre de regulamentação legal, assim como de controle jurisdicional. Isto porque a discricionariedade correspondia, no entendimento da monarquia constitucional, a um setor que se mantinha, no seu todo, na soberania do monarca, relativamente à sua administração.⁵

É certo que intervenções nos direitos e liberdades dos cidadãos necessitavam, de acordo com o crescente reconhecimento do princípio constitucional da reserva de lei, da autorização de uma lei aprovada pelos representantes do povo.⁶ Está autorização legal não necessitava regular a intervenção, nem nos seus pressupostos e modalidades, nem estava subordinada a um controle do tribunal. As decisões discricionárias foram muitas vezes expressamente retiradas do controle dos tribunais administrativos.⁷

2. Discricionariedade neste sentido clássico, no sentido de liberdade perante a lei e perante o tribunal, caracteriza um espaço livre, no qual a administração monárquica podia concretizar objetivos próprios, determinar os fins, em termos gerais.⁸ Por conseguinte, os tribunais administrativos podiam apenas controlar se havia sido atribuída discricionariedade e se ela tinha sido exercida dentro do fim legal para o qual foram atribuídos poderes à autoridade administrativa. O

⁴ Isto é exigido insistentemente por Badura. In: *Fs für Bachof*. München, 1984. p. 169 e segs., espec. p. 184 e segs. Cf. Bachof, *JZ*, 1972. p. 641; Bullinger. In: *FS für JahrreiB*. Köln/Bonn/München, 1974. p. 19 e seg. (espec. p. 33). Muito generalizadamente cf. Brohm. *NZW*, 1984. p. 8 e seg. (p. 12: primazia da opinião jurídico-administrativa).

⁵ Especialmente Laband. *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*. Tübingen, 1911. 5. ed. v. 2, p. 175: "Na monarquia constitucional o poder administrativo constituiu um campo de poder do nobre, o qual estava libertado da colaboração da representação popular e não era limitado pela interpretação da lei através de tribunais." Para a questão da "soberania" cf. Jellinek, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. 3. ed. 7. reimpr. 1960. p. 454 e segs., espec. 474 e segs.; cf. Schmitt, C. *Verfassungslehre*. 1928. p. 55.

⁶ Sobre a diferente amplitude da reserva de lei de Estado para Estado diferente cf. Bühler. *Die subjektiven öffentlichen Rechte*. Berlin/Stuttgart/Leipzig, 1914. p. 66-157; Jecsh. *Gesetz und Verwaltung*. Tübingen, 1961. p. 102 e segs., espec. 128 e segs.

⁷ Quer em países com uma cláusula geral contencioso-administrativa (por exemplo, Württemberg), quer em países com pura competência enumerativa dos tribunais administrativos (Bayern); para uma visão global, Fleiner. *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*. 8. ed. Tübingen, 1928. p. 256 e segs. em ligação com p. 253 e segs.

⁸ Cf. sobre isto especialmente Schoen. *VerwArch*, 27:85 e segs., espec. 101. e segs., 1919.

controle limitado pelos tribunais administrativos do conteúdo da decisão discricionária desenvolveu-se apenas paulatinamente e com dificuldade.

3. Assim, tornou-se decisivo saber quais os critérios adaptados para o reconhecimento da atribuição da discricionariedade administrativa. Deve-se distinguir aqui duas posições fundamentalmente distintas.

a) Segundo a primeira opinião, existia discricionariedade sempre que a lei renunciava a prever a atuação administrativa, fixando bitolas rigorosas. Com isto, o legislador pretendia autorizar a administração a preencher as lacunas da lei segundo padrões que ela retirava da sua experiência. Isto foi também frequentemente reconhecido, inclusive naqueles casos em que a lei atribuía a possibilidade de decisão à administração, sob a condição de se verificarem determinados pressupostos, como, por exemplo, a autorização de funcionamento de uma empresa comercial. Estes pressupostos, porém, eram fixados através de conceitos indeterminados como “interesse público” ou “necessidades econômicas”. Falou-se então de conceitos discricionários (*Ermessensbegriffe*) cuja interpretação e aplicação não poderiam ser, pelo menos na sua totalidade, controlados pelo tribunal, no que concerne à sua exatidão.

Tais conceitos discricionários foram antes de mais nada, reconhecidos pelo Supremo Tribunal Administrativo austríaco, em maior número entre 1888-1967. Segundo a legislação austríaca, todos os atos administrativos, com exceção das decisões discricionárias, poderiam ser impugnados perante os tribunais administrativos.⁹ A doutrina dos conceitos discricionários levou o Supremo Tribunal Administrativo a reconhecer, a favor da administração, um campo livre, ou parcialmente livre, de auto-responsabilidade e de decisão, retirado do controle dos tribunais administrativos.¹⁰

A doutrina austríaca dos conceitos discricionários,¹¹ fundada cientificamente por Bernatzik, trouxe, todavia, consigo o embrião da sua posterior decadência, por se assentar essencialmente na deficiente determinação objetiva do conteúdo das normas. Diferentemente do que sustentou Fritz Fleiner,¹² esta teoria se assentava ainda na idéia de que os conceitos discricionários atribuíam à administração o poder para sua livre concretização normativa.¹³ A deficiente determinação da letra da lei pode ser resolvida de outra maneira que não através do reconhecimento da atribuição de discricionariedade à autoridade administrativa. Os conceitos legais indeterminados foram também interpretados como concepções sociais

⁹ Ver § 2.º em ligação com § 3.º, letra e da Lei de 22 de outubro de 1975, relativamente à edificação de um tribunal administrativo.

¹⁰ Cf. Tezner. *Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden*. Wien, 1924. p. 15 e segs. A partir de 1947 o VGH aceitou chamar a si próprio um controle parcial, a partir de 1967 um controle total: Cf. Bernard. In: Ermacora et alii. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Wien, 1979. p. 95 e segs.

¹¹ Para ela e suas conseqüências, com formenores: Ehmke. *Ermessen und Unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*. Tübingen, 1960. espec. p. 12 e segs.

¹² Cf. Fleiner, Fritz. op. cit. (ver nota 7) p. 141 e segs. e 257 e segs.; no seu seguimento recente Rhinow, R. *Rechtsetzung und Methodik*. Basel/Stuttgart, 1969. p. 63 (em vez da “teoria da indeterminação” alemã deveria ser aceita a idéia da autorização da administração para a concretização de normas).

¹³ Bernatzik. *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*. Wien, 1886. p. 36 e segs., 42 e segs. (discricionariedade “técnica”, isto é, discricionariedade pericial sobre o que se deve entender por “adequação”, “utilização” ou “perigo”).

de valor ou de valorizações próprias do tribunal administrativo. Esta via mostrou-se aos poucos adequada à eliminação da discricionariedade nos casos de aplicação de conceitos legais indeterminados, como com clareza o demonstrou W. Jellinek.¹⁴

A doutrina dos conceitos discricionários foi desde o início combatida na Áustria, em especial por Tezner.¹⁵ Ela estendeu-se à Alemanha¹⁶ e passou, provavelmente através de Fleiner, para a Suíça.

b) Todavia, existia na Alemanha outro ponto de partida além da Áustria.¹⁷ Aqui a competência dos tribunais administrativos estava baseada não numa cláusula geral, mas no chamado princípio da enumeração (*Enumerationsprinzip*), através de referências em leis especiais.¹⁸ Assim na Prússia foi permitido ao cidadão recorrer ao tribunal administrativo contra uma medida policial, mas não contra uma decisão administrativa que havia declarado legítima uma expropriação para construção de uma estrada de ferro com base no “interesse público”.¹⁹ Por conseguinte, o tribunal administrativo prussiano (*PreuB. OVG*) pode, em geral, concluir que o próprio legislador delimitou o âmbito no qual a administração deveria perseguir fins próprios, orientando-se por puras diretivas legais, sem que o conteúdo da decisão estivesse submetido ao controle judicial.²⁰ No exemplo citado da expropriação para a estrada de ferro, o conceito de interesse público foi entendido como conceito discricionário por não estar previsto qualquer controle dos tribunais administrativos e, assim, não atribuir aos atingidos nenhuma posição jurídica judicialmente exequível.²¹ De modo diferente, para o *PreuB. OVG* era evidente que conceitos indeterminados de uma lei, como, por exemplo, perigo para a ordem pública, pressupostos de intervenção policial, não deveriam ser considerados conceitos discricionários, mas conceitos jurídicos totalmente controláveis pelo tribunal administrativo, na sua interpretação e aplicação, desde que

¹⁴ Gesetz. *Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*. Tübingen, 1913, espec. p. 36 e segs.; sobre isto se refere com razão Ule (In: *Gedächtnisschrift für Jellinek*. 1955. p. 309 e segs.). Para a tendência da evolução dos “conceitos discricionários” em conceitos de direito, cf. Forsthoff. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. 10. ed. v. 1, p. 92 e seg.

¹⁵ Ver nota 10; op. cit. espec. p. 15 e segs. (A doutrina dos conceitos discricionários seria contrária ao Estado de direito).

¹⁶ Jellinek. op. cit. (nota 14), p. 36 e segs.; Bühler. op. cit. (nota 6), p. 28 e seg., embora com clara tendência para restringir.

¹⁷ Ver nota 7; op. cit. p. 142 e segs. espec. 144. Outras indicações em Rhinow. *Recht*, 1983. p. 41 e segs. (47 e seg. e 87 e segs.): segundo ele, apenas em 1965, o Tribunal Federal Suíço abandonou (parcialmente) a idéia de conceitos discricionários no *Tatbestand* e aceitou a doutrina alemã da “margem de livre apreciação” (*Beurteilungsspielraum*).

¹⁸ Cf. Fleiner. op. cit. (nota 7) p. 254 e segs. Existia, pelo contrário, como na Áustria, uma cláusula geral de contencioso administrativo. Assim foi em Württemberg, de modo semelhante, procurada uma restrição através da aceitação dos conceitos discricionários; cf. *Wttbg VGH*, 27 nov. 1907, *jbWttbRechtsoflege*, 20:190 e segs., 1908. (A aceitação de um “significativo interesse público” estaria na livre determinação discricionária da autoridade administrativa); Goetz. *Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg*. Tübingen/Leipzig, 1902. p. 100 e seg.; Bühler. op. cit. (nota 6) p. 342 e seg.

¹⁹ Cf. Layer. *Prinzipien des Enteignungsrechts*. Leipzig, 1902. p. 368 e 408 e seg.

²⁰ Cf. Bühler. op. cit. (nota 6), p. 36 e segs. O princípio do contencioso-administrativo enumerativo suscitou em muitos estados o receio de que os tribunais pudessem ultrapassar o puro controle e penetrar no campo da livre discricionariedade da administração; Füsslin. *Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden in der Rechtsprechung des Großherzoglich Badischen VGH*. Freiburger Diss. (hekt.) 1957. espec. p. 69 e segs. (Na medida em que a aplicação de normas jurídicas esteve subordinada ao controle do VGH, este controlou, em princípio, a aplicação dos conceitos legais.)

²¹ Cf. Layer. op. cit. (nota 19), p. 302 e segs.

se tratasse de uma matéria da competência do tribunal e, assim, fizesse parte dos seus poderes de controle.²²

Com isto ficou simplesmente caracterizada a situação normal. O *OVG* da Prússia e outros tribunais administrativos podiam, também, no âmbito da sua competência fixada enumerativamente, considerar conceitos legais como conceitos discricionários (*gesetzliche Begriffe als Ermessensbegriffe*) se estes, segundo sua opinião, correspondessem ao sentido reconhecível da lei.²³

4. Esta situação da discricionariedade pouco alterou-se com o fim da monarquia no ano de 1918. Verificou-se apenas um esforço da doutrina e jurisprudência no sentido de passar a não entender a discricionariedade como um setor da administração excluído da regulamentação legal ou do controle jurisdicional, mas como um setor de execução flexível dos fins estabelecidos na lei. Isto porque a discricionariedade não poderia ser mais entendida como resquício da monarquia soberana, antes pelo contrário, deveria receber sua legitimação democrática apenas a partir da lei. Por conseguinte, também o controle contencioso-administrativo deixou de ser visto, não como estando, em princípio, excluído, mas como estando apenas limitado,²⁴ uma opinião que aliás tornou-se perceptível.

1.2.2 O atrofiamiento do conceito de discricionariedade depois de 1945

Apesar desta evolução gradual, a mudança decisiva para o conceito atual de discricionariedade verificou-se na Alemanha Federal apenas depois de 1945, com reflexo para a Áustria e a Suíça. Esta mudança está estreitamente ligada ao esforço desenvolvido para a edificação de um “Estado de direito”. Este Estado de direito foi idealizado como imagem oposta ao regime totalitário de 1933-45, no qual o Governo e a administração detinham todos os poderes, o Parlamento era apenas chamado nos casos oportunos para a aclamação política e a jurisprudência administrativa foi amplamente eliminada.

1. A discricionariedade deixou assim, de modo crescente, de ser vista como espaço livre para a administração prosseguir os seus fins próprios, mas como âmbito ou setor de mobilidade limitada para a execução da lei.²⁵ Segundo esta tendência, a discricionariedade foi, inclusive, tomada como corpo estranho ao Estado de direito,²⁶ muito especialmente no caso da discricionariedade baseada na aplicação

²² Cf. Schoen. op. cit. (nota 8), p. 11 e segs.; Scholz, *VerwArch*, 27 (1919), p. 1 e segs. Inicialmente a jurisprudência considerava o “perigo” policial um conceito jurídico totalmente sob controle do tribunal.

²³ Assim, na “necessidade” do funcionamento de uma empresa; cf. Bühler. op. cit. (nota 6), p. 30 e segs.; Schoen. op. cit. (nota 8), p. 108 e segs. (com nota 51).

²⁴ Particularmente específico Scheuner, *VerwArch*, 33 (1928), p. 68 e segs., espec. 73, 81 e seg., que considerou a aceitação de conceitos discricionários como contrários ao Estado de direito. A base moral para isso foi colocada no decurso do período antes de 1918, quer na jurisprudência, quer na doutrina; cf. Bühler. op. cit. (nota 6), espec. p. 36 e segs., 162 e segs.

²⁵ Cf. Rupp. *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, Tübingen, 1965. p. 200 e seg., 207 e seg. Cf. também Soell. *Das Ermessen der Eingriffsverwaltung*. Heidelberg, 1973. p. 116 e segs. Criticamente, Ossenbühl. *DOV* 1968, p. 618 e segs.

²⁶ Rupp. op. cit. (nota 25). Na Suíça chamou H. Huber a discricionariedade administrativa de o “cavalo de Tróia do direito administrativo do Estado de direito” (*Festgabe für Giacometti*. 1953. p. 59, 66).

de conceitos legais indeterminados.²⁷ Para isso contribuiu uma multiplicidade de fatores:

a) o legislador parlamentar foi impedido pela nova Constituição de transmitir ao critério do Executivo tarefas de ordenação. Em princípio, o legislador parlamentar deveria mesmo, segundo o princípio da reserva de lei, regulamentar todos os deveres da administração. Só em termos muito limitados estaria o Executivo autorizado a emitir regulamentos ou a decidir discricionariamente.²⁸ Isto valeu, antes de mais nada, para aqueles casos em que estavam em causa pressupostos para o exercício de um direito fundamental;

b) em geral, como no círculo jurídico prussiano anterior, foi liquidado o princípio da enumeração como critério para controle do contencioso administrativo e introduzida a cláusula geral. O controle judicial total foi, a partir daí, garantido pela Constituição.²⁹ Assim, tornou-se questionável se poderia continuar a existir uma discricionariedade entendida como um espaço livre do controle judicial a favor da administração no prosseguimento de fins próprios.³⁰

2. A partir desta nova base, a doutrina e a jurisprudência aceitaram gradualmente a idéia de que a discricionariedade da administração foi amplamente limitada, e isto quanto aos conceitos discricionários, bem como quanto às cláusulas discricionárias abertas.

a) numa primeira fase, até cerca de 1955, os tribunais administrativos tentaram deixar à administração, em parte à semelhança do *VGH* austríaco, apesar da existência de uma cláusula geral contencioso-administrativa, um espaço livre de controle de responsabilidade e de decisão próprios. Os tribunais administrativos interpretaram, em parte, os conceitos legais indeterminados, como “interesse público” ou “interesses públicos do trânsito”, como conceitos discricionários e controla a sua interpretação e aplicação apenas nos seus contornos.³¹

O reforço do princípio da reserva de lei e a garantia constitucional de proteção judicial contribuíram, de modo decisivo, para que a doutrina e a jurisprudência, numa primeira fase, adotassem amplamente a opinião de que o emprego de conceitos indeterminados num *Tatbestand* legal não atribua qualquer discricionariedade. A discricionariedade existia apenas quando a lei deixava à administração, no campo dos efeitos de direito, uma escolha entre vários modos de atuação. Um conceito legal, como o dos interesses públicos do trânsito, permitia, no caso concreto, como conceito jurídico indeterminado, em princípio, apenas uma interpre-

²⁷ Em geral cf. Ule. op. cit. (nota 14), p. 328/9: devido ao princípio da reserva de lei, a lei não deveria autorizar a administração a admitir, no uso de poderes discricionários, atos administrativos que acarretem uma carga para o cidadão; por isso seria também inconstitucional transformar conceitos jurídicos indeterminados numa autorização que leve à emissão de decisões discricionárias com cargas para o particular; cf. Scheuner. op. cit. (nota 24).

²⁸ Sobre este ponto cf. Stern. *Ermessen und unzulässige Ermessensausübung* Berlin, 1964. p. 23. Na jurisprudência, *BVerfGE*, 8, 274 (325 e seg.) de 12 nov. 1958. (Preisgesetz; aplicação correspondente ao princípio da determinação do art. 80, Abs. 1, Satz, 1 GG sobre a autorização legal para a prática de atos administrativos.)

²⁹ Art. 19, IV GG.

³⁰ Neste sentido, cf. ainda Rupp. op. cit. (nota 25), p. 177 e segs., 200 e seg. Criticamente, Ossenbühl. *DOV*, 1968, p. 618 e seg., 622 e segs. com mais indicações e *DOV*, 1970, p. 84 e segs.

³¹ Referido em Ule. op. cit. (nota 14), p. 313.

tação e aplicação certas, a qual devia ser controlada pelos tribunais administrativos.³²

Esta restrição da discricionariedade ao campo dos puros efeitos de direito foi, antes de mais nada, contestada por ReuB³³ e, no ano de 1955, por Bachof³⁴ e Ule.³⁵ Eles procuraram salvar parte do espaço livre que dos conceitos discricionários resultava para a administração.³⁶ Na subsunção de um caso concreto a um conceito jurídico indeterminado deveria ser reconhecido à administração, e respeitado pelos tribunais administrativos, um estreito espaço de atuação limitada, para a apreciação valorativa, verificando-se determinados pressupostos (Bachof) ou, em geral (Ule). A discricionariedade no *Tatbestand* surgiu, assim, como um espaço livre para o prosseguimento de um fim próprio da administração para a legitimação de ampla e oscilante³⁷ interpretação subjetiva do sentido da lei (*Schwankungsbreite subjektive Deutung des Gesetzessinns*), no qual o tribunal administrativo deve dar primazia à interpretação feita pela administração, se ela lhe parece defensável. Assim, foi introduzida a idéia de controle contencioso-administrativo da aplicação pela administração de “normas abertas” (*offene Normen*), a qual, no seu embrião, já existia na doutrina austríaca do “conceito discricionário”: A decisão administrativa devia apenas ser reconhecido o caráter de preapreciação pericial do sentido da norma por um grêmio de decisão de primeira instância, a qual deveria ser respeitada dentro de estreitos limites. Esta interpretação não deveria ser vista como criação inovadora decorrente de “normas abertas”. Isto teve conseqüências importantes:

1. Na medida em que a administração foi vista, por Fritz Fleiner e outros, como autorizada a concretizar conceitos legais no âmbito de uma discricionariedade de concretização inovadora (*gestaltendes Ermessen*), os tribunais administrativos passaram a estar vinculados a esta concretização da norma, controlando apenas a existência de vícios de discricionariedade;

2. A interpretação e aplicação de conceitos legais indeterminados pela administração foi vista, pelo contrário, sempre como mera preapreciação, levada a cabo por um grêmio de técnicos de primeira instância; e, assim, o tribunal administrativo pode impor, como segunda instância, à maneira de um tribunal de recurso,³⁸ a sua própria opinião sobre as circunstâncias de fato e de direito.³⁹ Desta forma, o Conselho de Estado Francês chamou a si, na sua posição tradicional como instân-

³² *BVerfGE*, 11, 168, 191 e segs., de 8 jun. 1960.

³³ *DVB1*, 1953. p. 585 e segs.

³⁴ *JZ*, 1955, p. 97 e segs.; algo modificado posteriormente, *JZ*, 1972, p. 641 e segs.

³⁵ Op. cit. (nota 14), p. 309 e segs.

³⁶ Pelo contrário, sustenta Badura que Bachof descobriu alguns conceitos jurídicos indeterminados que não são totalmente controláveis contenciosamente (op. cit., nota 4, p. 178.)

³⁷ Assim fala ReuB posteriormente, de modo expresso, em “espaço para a opinião subjetiva da decisão correta” (*Restraum subjektiven Fürrichtighalten*). *DVB1*, 1953. p. 585 e segs. Soell. op. cit. (nota 25, entre outras, p. 182).

³⁸ A tentativa de Jesch (*AöR*, 82:183 e segs., 1957) de comparar o espaço de livre apreciação (*Beurteilungsspielraum*) com a limitada revisibilidade da aplicação de conceitos legais indeterminados não podia convencer totalmente, porque um tribunal administrativo alemão, diferentemente de um tribunal de revisão, também pode controlar a verificação dos fatos pela administração (§ 86, *VwGO*).

³⁹ Cf. *Sendler*. *DVB1*, 1982. p. 923 e segs.

cia de controle independente, um amplo poder de controle.⁴⁰ Ele exerceu o controle por grupo de casos e apenas por graus,⁴¹ mas modernamente tende a acabar com esta reserva.⁴²

Com a doutrina do puro espaço de livre apreciação (*Beurteilungsspielraum*), a segunda concepção ganhou preferência na Alemanha Federal. Assim, tudo dependia de saber se os tribunais administrativos estavam, como na França, preparados para abdicar do seu controle pleno (*Kontrolldichte*)⁴³ e reconhecer à administração pública, perante o caso concreto, o poder de decidir em última instância, tolerando um espaço de concretização da sua própria responsabilidade.⁴⁴

A doutrina alemã do “espaço de livre apreciação” não estava, porém, em condições de alcançar isto. Isto porque ela colocou tudo no campo de atuação subjetivo da subsunção de um fato material a um conceito legal indeterminado e os tribunais administrativos puderam, assim, aceitar um espaço de livre apreciação não-controlável judicialmente, apenas no caso em que a autoridade administrativa necessariamente usasse critérios subjetivos na sua tarefa de subsunção.⁴⁵ Sendo assim, não é de admirar que os tribunais administrativos admitissem um espaço de livre apreciação (*Beurteilungsspielraum*) da administração apenas naqueles casos em que a instância de controle judicial estava afastada do processo fático de valorização (*Bewertung*), na aplicação de conceitos legais de valor de execução própria da administração. Isto valeu, antes de mais, para a apreciação de provas de exame, como no caso dos exames finais de direito e para a valorização do serviço de um funcionário público.⁴⁶

Apenas em casos relativamente isolados, os tribunais administrativos renunciaram, por outras razões, a proceder a um controle pleno da interpretação e aplicação de conceitos de uma lei necessitados do preenchimento valorativo (*Wertausfühlbedürftiger Begriffe*) da administração. Isto aconteceu em certos casos, de modo nenhum casos-regra, na aplicação da lei que continha uma valorização altamente político-econômica ou de prognose, em que se exigia, por exemplo, “esta-

⁴⁰ Sobre isto Laubadère. *Traité de droit administratif*. 9. ed. rev. Venezia e Y. Gaudemet, Paris, 1984. p. 288; cf. Bonnard. *RDP*, p. 363 e segs. 1923.

⁴¹ Para o gradual *Kontrolldichte* na França, cf. Vedel & Delvolve. *Droit administratif*. 8. ed. Paris, 1982. p. 814 e segs.; Auby & Drago. *Traité de contentieux administratif*. 2. ed. Paris, 1975. n. 1.195 e segs.; cf. também Bullinger op. cit. (nota 4), p. 19 e segs.

⁴² Cf. Bullinger. op. cit. (nota 4); crítica para o aumento do controle contencioso-administrativo. Laubadère. In: *Melanges Waline*. Paris, 1974. p. 531 e segs.

⁴³ Para o *Kontrolldichte* na Alemanha, cf. Redeker. *DOV*, 1971, p. 75 e segs. Cf. Considerações para uma “desgradação” do *Kontrolldichte*. In: Bullinger. op. cit. (nota 4), p. 19 e segs.

⁴⁴ Assim, com clareza, Ossenbühl. *DVB1*, 1974. p. 309 (310: *quis judicabit*). Ossenbühl conclui que poderia ser aceita em larga medida uma autorização geral para uma última apreciação vinculatória; de modo semelhante, Brohm. op. cit. (nota 4), p. 12.

⁴⁵ Daí decorre também o contributo teórico de Jesch (op. cit. nota 38, p. 242 e seg., em ligação com 230 e seg.), que reconhece um *Beurteilungsspielraum* na medida em que o tribunal não pode controlar totalmente; no seu seguimento, Korbmacher. *DOV*, 1965, p. 696 e segs. (702 e segs.) e no resultado Achterberg, *Allg. Verwaltungsrecht*, Heidelberg, 1982. § 17, número de margem 42 e segs. Cf. também a análise concordante da jurisprudência administrativa em Wolff & Bachor. *Verwaltungsrecht I*. 9. ed. § 31, 1 c.

⁴⁶ Cf. a visão global em Kellner. *DOV*, 1962. p. 572 e segs., 576; do mesmo, *NJW*, 1966. p. 857 e segs. Cf. na jurisprudência, *BVerwGE*, 8, p. 272 e 273 e segs., de 24 abr. 1959 (*Schulversetzung*); *BVerwGE*, 11, p. 139, 140, de 29 set. 1960 (*mangelnde Bewährung eines Beamten auf Probe*).

bilidade no fornecimento de cereais às populações”.⁴⁷ A idéia de puro “espaço de livre apreciação” (*Beurteilungsspielraum*) era aqui estranha e criou a idéia de um poder criador da administração pública. É sintomático que os tribunais, em tais casos, falassem sempre de uma discricionariedade aberta (*ofenes Ermessen*) da administração.⁴⁸ Com isto não se procedia ao regresso genérico dos conceitos discricionários, mas simplesmente ao alargamento genérico do “espaço de livre apreciação”.

A tentativa do primeiro senado do *BVerwG*, com a conhecida sentença sobre o caráter prejudicial para a juventude de certas revistas,⁴⁹ de reconhecer um espaço de livre apreciação genérica, quando os conceitos legais contivessem alto grau de necessidade de interpretação valorativa, não foi seguida até mesmo por este senado.⁵⁰

b) Mas não apenas no lado do *Tatbestand* legal tendiam os tribunais administrativos a limitar uma discricionariedade sob uma nova designação de *Beurteilungsspielraum*. Também a cláusula expressa de discricionariedade, fundada na discricionariedade quanto aos efeitos de direito, de agora em diante apenas designada por discricionariedade (*Ermessen*), foi, de modo crescente, limitada pela jurisprudência. A idéia de que o fim da lei deve ser respeitado em todas as decisões discricionárias⁵¹ passou a ser não mais entendida apenas como uma linha de orientação genérica que concede à administração um espaço livre para a concretização da sua idéia do fim da lei. Antes pelo contrário, o fim da lei foi cada vez mais interpretado pelos tribunais administrativos, como um programa de atuação legal a ser executado pela administração, no qual a discricionariedade torna possível uma limitada adaptação às circunstâncias alteráveis.⁵² O princípio tradicional da proporcionalidade serviu, através de uma interpretação extensiva, para pôr em causa uma decisão discricionária que não parecia “adequada” ao tribunal administrativo, como o meio ótimo para alcançar o fim da lei.⁵³ O princípio da igualdade e outros princípios constitucionais possibilitaram um estreitamento ainda maior da discricionariedade no caso de uma decisão concreta da administração.⁵⁴ Assim, também, a discricionariedade quanto aos efeitos de direito, passou a não conter um caráter de espaço livre para a realização de fins próprios da administração num amplo quadro da determinação de fins genéricos pela lei. Transfor-

⁴⁷ *BVerwG U.*, v. 21 jan. 1972. In: *DVB1.* 1972. p. 895 e seg. A esta decisão seguiu-se a decisão do *BVerwGE*, 23 out. 1981. In: *DOV*, 1982. p. 746 e segs. (novas licenças para táxis). Distanciando-se desta jurisprudência, Tettinger. *DVB1.* 1982. p. 421 e segs.; cf. também Badura. op. cit. (nota 4), p. 181.

⁴⁸ Assim, por exemplo, *BVerwGE*, U. v., 21 jan. 1972, op. cit. (nota 47); *BVerwG*, U. v., 4 ago. 1983. In: *DVB1*, 1983. p. 1.152 e segs.: Bem da comunidade em geral como critério para a repartição de tarefas entre “distritos” (*Kreisen*) e municípios na eliminação do lixo.

⁴⁹ *BVerwGE*, 39, 197, U. v., 16 dez. 1971; cf. Ule. *DVB1*, 1973. p. 756 e segs.

⁵⁰ Cf. *BVerwGE*, 45, 162, 164 e segs., decisão de 21 maio 1974 (“curso concreto especial”, “motivos do interesse da saúde pública” como pressupostos totalmente controláveis para a aprovação de um médico estrangeiro). Cf. uma compilação da “jurisprudência dos efeitos” em Ule. *VerwaltungsprozeBrecht*. 8. ed. München, 1983. p. 12 e segs.

⁵¹ § 40, *VwVfG*, § 114, *VwGO*.

⁵² Esta tendência reflete-se cientificamente em Ehmke. op. cit. (nota 11), p. 43 e seg. Especialmente marcante, Soell. op. cit. (nota 25), p. 116 e segs.

⁵³ Cf. *HessVGH*, U. v. 13.1982, *NVmZ*, 1983. p. 551 (a decisão discricionária teria de “corresponder da melhor forma ao fim da lei”).

⁵⁴ Cf. Bettermann. *Der Staat* 1, 1962. p. 79 e segs.

mou-se, antes pelo contrário, da inicial liberdade de escolha entre vários efeitos de direito igualmente justos, numa flexibilidade limitada para a execução de uma lei e dos seus fins específicos. Na doutrina foi por alguns autores, em especial por Rupp, tirada a conclusão de que não existia mais uma discricionariedade no sentido de uma liberdade de decisão da administração; tratar-se-ia de uma decisão que serve à realização de fins predeterminados pela lei, e, assim, de uma pura aplicação da lei.⁵⁵

Esta redução, ou mesmo negação, da discricionariedade foi alimentada por uma ou outra decisão do Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*). Assim, a sentença sobre a liberdade de associação concluiu⁵⁶ falsamente no sentido de que a discricionariedade administrativa estaria na totalidade jurídico-constitucionalmente excluída, no caso de se tratar do exercício de direitos fundamentais.⁵⁷ Na medida em que dos direitos fundamentais também faz parte a liberdade genérica de agir dos cidadãos, o campo livre da discricionariedade administrativa teria assim abrangido ampla parte da atividade da administração pública.

c) Só no caso o planeamento, em especial no planeamento urbano, à administração teria de ser de antemão negada a idéia de que a discricionariedade administrativa estaria excluída do âmbito dos direitos fundamentais ou se restringiria a uma limitada execução flexível do fim da lei. Pois, aqui se tratava simplesmente de uma ponderação de interesses públicos e privados determinados pela lei, como uma linha orientadora de uma atividade criadora, de um programa da atuação. O Tribunal Administrativo Federal (*BVerwG*) chegou mesmo a sustentar que conceitos legais de planeamento, como “interesses do trânsito”, seriam, como conceitos jurídicos indeterminados, na sua interpretação e ponderação geral, totalmente objeto do controle judicial. Reconheceu, porém, que o peso concreto e a ponderação destes interesses caía necessariamente na “discricionariedade criadora” (*gestalterisches Ermessen*) da entidade competente.⁵⁸

Este reconhecimento relativamente à “discricionariedade de planeamento” (*Planungsermessen*) não foi utilizado, no início, para proceder ao exame, se, na discricionariedade quanto aos efeitos de direito e nos conceitos jurídicos indeterminados, tratava-se de uma autorização para uma concretização criadora da norma. Discricionariedade normal e discricionariedade de planeamento foram frequentemente qualificadas com diferença qualitativa.⁵⁹ Até cerca de 1955 o

⁵⁵ Assim, Rupp, op. cit. (nota 25), p. 198, 200 e segs.

⁵⁶ *BVerfGE*, 20, 150, 157 e segs., U.v. 5 ago. 1966; *JZ*, 1966, 609.

⁵⁷ Assim Menger & Erichsen. *VerwArch*, 58:278 e segs., 1967; Schmidt & Salzer. *VerwArch*, 60:261 e segs., 1969. De um erro de compreensão fala expressamente o *BVerfGE*, 49, 89, 145 (Kalkar); *JZ*, 1979, 179 (Fiedler).

⁵⁸ Ver *BVerwGE*, 34, 301, 304 e segs., U.v. 12 dez. 1969.

⁵⁹ Cf. Hoppe & Schlarman. *Rechtsschutz bei der Planung von Straßen un anderen Verkehrsanlagen*. 2. ed. München, 1981. p. 78 e segs. cf. p. 84 e segs. com nota 186; cf. também Hoppe. *FS BVerwG*, München, 1978. p. 295 e segs. (decisões administrativas de planeamento ou decisões semelhantemente complexas). Pelo contrário, acentua a semelhança jurídica da liberdade criadora do planeamento com a discricionariedade administrativa. In: Baurecht. 1977. p. 293 e segs., 295 e segs. Schmidt-ABmann vê uma mera diferença quantitativa, *VVDStRL*, 34, 1976. p. 221 e segs., 251 e seg.; de modo especialmente claro. Wahl, Rainer. *DVB1*, 1982. p. 51 e segs., 57 e segs. (“formas intermédias e conjuntas”).

planejamento permaneceu, aliás, como um corpo estranho à administração do Estado de direito, como uma instituição da execução da lei.⁶⁰

1.2.3 Contributo para uma revalorização e alargamento da discricionariedade

Só mais recentemente verifica-se um forte movimento em sentido contrário. Ele pretende reconhecer à discricionariedade da administração, novamente, um espaço livre de criação e uma função positiva na proteção da coletividade dos cidadãos.⁶¹ Este movimentopositor tem atingido a doutrina administrativa de modo crescente⁶² e influenciado de modo significativo os tribunais administrativos,⁶³ mas, antes de tudo, a jurisprudência do *BVerfG*, sobre a qual exerceu influência decisiva e clara nos últimos anos.

1. Sejam aqui referidos alguns dos fatores e elementos essenciais deste movimentopositor:

a) Foi abandonada a idéia de que a administração pública poderia e teria de ser, na medida do possível, sem lacunas, predeterminada pelo legislador parlamentar. Isto levaria à criação de uma maré de leis perfeitas que sobrecarregaria o Parlamento, que paralisaria a administração e traria maiores dificuldades para o cidadão.⁶⁴ Segundo a recente elástica teoria da essencialidade (*Wesentlichkeitstheorie*) do *BVerfG*,⁶⁵ o legislador parlamentar tem, ele próprio, de encontrar a decisão orientadora, até mesmo fora do núcleo central clássico da reserva de lei, isto é, a intervenção na “liberdade e propriedade”. Mas ele deve deixar ao Governo e à administração a regulamentação deste núcleo central da reserva de lei, na medida em que a essência de uma questão administrativa o justifique ou o exija.⁶⁶ O Governo e a administração necessitam, pelo contrário, apenas concre-

⁶⁰ Cf. Ipsen, H. P. In: Kaiser, ed. *Planung I*. Baden-Baden, 1965. p. 36 e segs. (“Tabu jurídico-científico”); Kaiser. op. cit. p. 12 e segs.

⁶¹ Especialmente claro, na *Kalkar-BeschluB*, 8 ago. 1978; *BVerfGE*, 49, 89, 137-140; cf. Erichsen. *VerwArch*, 70. 1979. p. 249 e segs.

⁶² Cf. Ossenbühl. *DOV*, 1968. p. 618 e segs.; o mesmo *DOV*, 1972. p. 401 e segs., 403; o mesmo *DVB1*, 1974. p. 309 e segs.; Redeker *DOV*, 1971. p. 757 e segs. (espec. 760); Bullinger. *NJW*, 1974. p. 769 e segs.; Lange. *Verkehr und öffentliches Recht*. 1974. p. 129 e segs.; Stüer. *DVB1*, 1974. p. 314 e segs.; Tettinger. *Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht*. München, 1980. p. 373 e segs., 438 e segs.; Meyer, H. In: Meyer & Borgs. *Kommentar zum VerwVfG*. 2. ed. Frankfurt/M. 1982. p. 5. e segs., 17 e segs. Sobre o § 40, espec. t. 12, p. 20. Badura. op. cit. (nota 4), espec. p. 184 e segs. O tema da reserva de lei foi especialmente escolhido para o Congresso de Ciência Política de 1984; cf. Stettner. *DOV*, 1984. p. 611 e segs.; Schröder. *DVB1*, 1984. p. 814 e segs.; Schmidt, W. *NVwZ*, 1984. p. 545 e segs.; todos eles com numerosas referências. No período anterior, cf. Ehmke. op. cit. (nota 11), p. 40 e segs., 49 e seg.; Peters. *Die Verwaltung als eigenständiges Staatsgewalt*. Krefeld, 1965. espec. p. 23; cf. também Lerche. *Übermaß und Verfassungsgewalt*. Köln/Berlin/München/Bonn, 1961. espec. p. 333 e segs.

⁶³ Digno de registro, *BVerwG*, U.v. 4 ago. 1983 (nota 4). Cf. indicações de jurisprudência em Tettinger. *DBV1*, 1982. p. 421 e segs., 428 e segs.

⁶⁴ Crítico contra esta evolução, Eichenberger. *VVDStRL*, 40, 1982. p. 7 (15 e segs.); Klopfer. op. cit. p. 65 e segs. (68 e seg.); Koop. *BayVB1*, 1983. p. 673 e segs.

⁶⁵ De modo exemplar, *Kalkar-BeschluB*. op. cit. (nota 61), p. 126 e segs.

⁶⁶ A restrição parcial da reserva de lei através da teoria da essencialidade é pouco referida na doutrina; cf., p. ex., Eberle. *DOV*, 1984. p. 485 e segs. (486); Klopfer. *JZ*, 1984. p. 685 e segs. (691).

tizar o núcleo da lei, através de regulamento ou de preceito administrativo. Em suma, o Parlamento deve deixar à administração uma flexibilidade para o preenchimento do fim da lei, de acordo com sua prática diária, isto é, para decidir segundo sua discricionariedade.

Exemplo-padrão disto é a aula nas escolas públicas. Apenas têm de estar fixados por lei os fins do ensino em geral. O plano do ensino será posteriormente fixado pela administração da educação, por regulamento ou preceito administrativo. A escola e ao professor deve ser deixada a liberdade como, no caso concreto, deve ser executada a aula.⁶⁷

Com esta teoria da essencialidade do *BVerfG*, ficou aberta a possibilidade de entender a discricionariedade num sentido amplo, como tarefa e poder da administração para o preenchimento das linhas orientadoras fixadas, no seu núcleo, por uma lei. Conceitos legais indeterminados como “garantia do fornecimento de cereais” deixam-se entender, como decisões orientadoras legais que necessitam da concretização criadora pela administração.⁶⁸ A discricionariedade pode ser assim, novamente, reconhecida no *Tatbestand* da norma legal.⁶⁹

b) Segundo esta moderna jurisprudência do *BVerfG*, a discricionariedade ganha novamente papel positivo no ordenamento constitucional do Estado de direito. Ela tornou-se num instrumento central para a segurança flexível e dinâmica dos direitos e interesses do cidadão e da coletividade estadual no seu conjunto.⁷⁰ Pois, diferentemente do legislador, a administração está em condições de reagir rapidamente a situações alteráveis e inesperadas; diferentemente do tribunal administrativo, a administração pode e tem de realizar ativamente os fins da lei com vistas à sua aplicação aos casos concretos e dentro do plano das suas capacidades financeiras e pessoais.⁷¹ Esta função específica da administração pública e da sua discricionariedade não vale em termos iguais para toda a tarefa da administração, mas encontra-se, por exemplo, no clássico direito de polícia, no campo da proteção do meio ambiente e na sua tarefa de orientação econômica.

A discricionariedade perde assim o seu caráter do pós-guerra, o caráter de lacuna da lei que deve ser, na medida do possível, preenchida, no Estado de direito, como tarefa do tribunal administrativo. Também a discricionariedade no *Tatbestand* não pode ser mais simplesmente entendida como um privilégio da administração, a qual teria o direito primário de preencher, dentro de certos limites, o sentido de uma lei no caso concreto.⁷²

⁶⁷ *BVerfGE*, 47, 46 (78 e segs.) U.v. 21 dez. 1977 (*Sexualkunde*) com mais referências.

⁶⁸ Nos resultados, as referidas (nota 47) decisões do *BVerwG*.

⁶⁹ Assim, mais ou menos influenciadas, as referências citadas (nota 62) mencionadas.

⁷⁰ *Kalkar-BeschluB*, cit. (nota 61), p. 139 e seg.; cf. também *BVerfGE*, 46, 160 U.v. 16 out. 1977 (p. 165, seqüestro de Schleyer: a imprevisibilidade da governação administrativa quanto a ameaças terroristas é indispensável à proteção efetiva do cidadão). *JZ*, 1977. p. 750; *BVerfGE*, 55, 340 U.v., 16 dez. 1980 (p4 364 e segs.), Rudolf Hess: ampla discricionariedade necessária no campo das relações exteriores para o prosseguimento dos fins políticos da RFA).

⁷¹ *BVerfGE*, cit. (ver nota 61).

⁷² Desta idéia não se afasta muito Ossenbühl com sua doutrina da competência para a última decisão da administração, apesar de entender os conceitos legais indeterminados, como conceitos de delegação com autorização de concretização jurídica complementar (cf. *DOV*, 1972. p. 401 e segs., 403; *DVB1*, 1974. p. 309 e seg.).

Em vez disso deve ser em muitos casos reconhecido à administração um espaço livre limitado para que ela possa concretizar os conceitos legais indeterminados na sua aplicação ao caso concreto no âmbito de um programa administrativo, por natureza, inovador.⁷³ Este programa administrativo concretizador da lei pode ser previsto, precisamente como nos casos de ampla discricionariedade quanto aos efeitos de direito, caso a caso, ou de forma genérica, por normas administrativas com caráter vinculatório. Sua aplicação ao caso concreto deve ser apenas controlada pelos tribunais administrativos na sua representatividade (*Vertretbarkeit*), isto é, nos vícios da discricionariedade e pode, com base no princípio constitucional da igualdade, ser aplicada como padrão da atuação administrativa.⁷⁴ Diferentemente do que se passa no direito civil e no direito penal, no direito administrativo existem normas de concretização casuística (*Fikentscher*)⁷⁵ não apenas através da jurisprudência, mas também através da prática de decisão da autoridade administrativa. Não cabe aqui ser examinado se, a par deste âmbito de uma discricionariedade para a concretização da lei administrativa, deve ser ainda reconhecido um espaço no qual a administração, antes de tudo devido à alta subjetividade da valorização, tem uma primazia na apreciação (*Beurteilungsvorrang*).⁷⁶

c) Na medida em que cláusulas de discricionariedade no campo dos efeitos de direito ou conceitos legais indeterminados no *Tatbestand* autorizam a administração a uma decisão criadora no quadro de uma lei que fixa apenas as linhas gerais de orientação, elas não violam a garantia de proteção jurídica da constituição.

Reconhece-se que a administração apenas está submetida a um controle marginal (*Rahmenprüfung*) quando ela está autorizada, por força de previsão da lei, regulamento ou plano,⁷⁷ a atuar de modo criador. Isto se aplica à discricionariedade administrativa em sentido estrito.⁷⁸

Daí pode resultar, como comando constitucional, que ao menos em termos de controle judicial, se reequilibre através do fortalecimento do processo de decisão da administração.⁷⁹ Segundo a jurisprudência do *BVerfG*, as regras do processo

⁷³ De modo especialmente marcante Hans Meyer — op. cit. (nota 62) — que vê, com razão, uma diferença gradual do espaço criador da concretização da lei entre cláusula discricionária aberta e conceitos legais indeterminados. Cf. Redeker. *DOV*, 1971. p. 757 e segs., 760. Um poder genérico ou amplo da administração para a concretização da lei é negada por Rhinow. op. cit. (nota 17), p. 46 e segs., 49 e seg., 85; o mesmo (nota 12), espec. p. 280 e segs.

⁷⁴ Cf. recentemente Badura. op. cit. (nota 4), p. 186 e seg.

⁷⁵ *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*. Tübingen 1977. v. 55. resumido p. 374 e segs.

⁷⁶ Concluindo por uma diferenciação entre conceitos legais com uma autorização para a concretização criadora e aqueles com mero processo da estimativa, Bullinger (*NJW*, 1974, p. 769 e segs., 771).

⁷⁷ Cf. Maunz; Dürig; Herzog & Scholz. *Kommentar zum Grundgesetz*. p. 18 (art. 19); p. 34 (art. 80). Para a limitação do controle judicial de planos, especialmente *BVerwGE*, 34, p. 301.

⁷⁸ Cf. Schmidt & Salzer. op. cit. (nota 57), p. 267 e seg., 273, 275. Para as decisões administrativas de planejamento e semelhantes, cf. também Hoppe. op. cit. (nota 59), p. 295 e segs.

⁷⁹ Schmidt Glaeser. In: Lerche; Schmidt Glaeser & Schmidt-Abmann. *Verfahren als staats — und verwaltungsgerrichtliche Kategorie*. Heidelberg, 1984. p. 35 e segs. 42 e segs.

administrativo formam parte essencial do comando jurídico-constitucional da proteção efetiva, antes de mais nada, dos direitos fundamentais. Quanto mais intensivamente uma medida da administração intervém na esfera jurídica dos cidadãos, tanto maior é o espaço de decisão material da autoridade.⁸⁰ A legislação, a jurisprudência e a doutrina desenvolveram para o planeamento regras detalhadas sobre como os interesses participantes têm de ser especialmente qualificados no processo de decisão e tomados em consideração de modo adequado. Em que medida tais exigências da organização e processo também podem ser aplicadas à discricionariedade administrativa normal está ainda por examinar e, conforme a característica da tarefa administrativa, devem ser respondidas de modo diferente; uma ordem de intervenção policial não fundamenta a mesma ponderação que a autorização jurídica de proteção contra emissões de uma grande fábrica.

2. Com o reconhecimento de que não só cláusulas expressas de discricionariedade, mas também conceitos legais indeterminados no *Tatbestand*, podem caracterizar uma autorização para a administração de interpretação criadora no campo dos efeitos de direito, foi apenas dado um primeiro passo. Pois, depende, em primeiro lugar, de encontrar critérios que permitam saber se, através de uma cláusula de discricionariedade ou de um conceito legal indeterminado, é atribuída uma autorização constitucional para a aplicação de modo criador de uma lei diretora-geral ou se eles servem simplesmente para a execução flexível de um programa de atuação, sob total controle contencioso.⁸¹

Entre outras coisas, na interpretação da lei, deve ser tomado em consideração:

a) o fim especial da lei e a necessidade daí resultante de deixar ampla liberdade criadora à administração executora; b) a especial necessidade de proteção do destinatário de um direito fundamental, pois esta proteção tem de ser possivelmente procurada numa maior flexibilidade da administração; c) se, devido ao grau de qualificação técnica é de exigir da autoridade administrativa competente uma concretização justa da lei;⁸² d) se o tribunal administrativo, através de um controle pleno, põe em questão o preenchimento do fim da lei.

Para retirar critérios práticos a partir da interpretação da lei concreta, deve ser seguidamente tentado, com base em Fritz Fleiner e outros,⁸³ trabalhar cientificamente alguns fins legais típicos que fundamentam uma discricionariedade em sentido amplo, no sentido de uma liberdade criadora da administração. Daqui resultam, ao mesmo tempo, pontos de partida para uma nova doutrina da discricionariedade.

1.3 Função da discricionariedade

A discricionariedade em sentido amplo pode ser atribuída pela lei para o prosseguimento dos mais variados fins. Dos diferentes fins concretos pode-se retirar

⁸⁰ Bullinger. *NJW*, 1974. p. 769. Cf. *BVerfGE*, 41, p. 251, 265 U.v. 27 jan. 1976 (expulsão da escola) = *JZ*, 1976, p. 766. (Grünwald), *BVerfGE*, 53, 30, p. 59 e segs. U.v., 30 dez. 1979 (Central Nuclear Mülheim-Kärlich) = *JZ*, 1980, p. 307 (*Albrecht Weber*).

⁸¹ Aqui Badura coloca, com razão, significado decisivo. (Ver nota 4, op. cit. p. 172.)

⁸² Cf. Häberle. *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*. Bad Homburg, 1970. p. 595, espec. 602 e segs.; Bullinger. op. cit. (nota 4).

⁸³ Cf. Fleiner. op. cit. (nota 7), p. 142 e segs.; Lerche. op. cit. (nota 62), p. 335 e segs.; Bachof. *JZ*, 1972. p. 642 e segs.; Rhinow. op. cit. (nota 17), p. 93 e segs.; Badura. op. cit. (nota 4).

diferentes funções típicas da discricionariedade, sem que com isso sejam estabelecidas linhas fronteiriças bem claras. Aqui serão tratadas algumas destas funções da discricionariedade a fim de esclarecer os campos de possível controvérsia sobre a discricionariedade e o seu controle judicial: a discricionariedade tática (*taktisches Ermessen*), a discricionariedade para adaptação da lei ao caso concreto (*Dispensermessen*), a discricionariedade de planejamento (*Planungsermessen*) e a discricionariedade de gestão (*Managementsermessen*).

1.3.1 Espaço livre para considerações táticas (*taktisches Ermessen*)

Discricionariedade tática (*taktisches Ermessen*) verifica-se naqueles casos em que a administração é autorizada a tomar, ela própria, uma decisão sobre circunstâncias concretas alteráveis, a fim de lhe permitir a realização ótima de um fim estratégico legalmente determinado.⁸⁴ Especialmente a polícia necessita de tal discricionariedade tática para poder reagir eficazmente, em caso de perigo para a segurança e ordem pública. Mas o mesmo vale também para o Banco Federal Alemão, quando se trata de adaptar o valor da moeda a uma nova situação econômica.

A discricionariedade tática não pode, por sua natureza, ser predeterminada, nem através de lei ou regulamento, nem através de um preceito administrativo geral. Esta discricionariedade exige uma possibilidade de movimento da administração que a torne capaz de reagir rapidamente perante as circunstâncias de decisão do caso concreto. O exercício da discricionariedade tática não deve ser, assim, medido pelos princípios normais do Estado de direito, porque o efeito da medida seria, por isso, anulado ou decididamente enfraquecido.⁸⁵ Se se soubesse quando e de que modo o Banco Federal Alemão eleva a margem de desconto, isto é, a margem de juros para o crédito a bancos comerciais, alterando ao mesmo tempo, de modo decisivo, o nível dos juros gerais, então poderíamos, antecipadamente, precaver-nos contra esta medida; mas ficaria prejudicada uma parte dos efeitos visados por tal medida do Banco. Esta situação de decisão discricionária tática não pode ser fiscalizada pelo tribunal administrativo, devido à distância temporal e material do processo judicial. Um tribunal pode apenas, com o seu controle posterior, examinar se a decisão discricionária tática da administração constitui uma concretização defensável da decisão-padrão legal (legalmente idealizada). Este é o caso, por exemplo, da polícia⁸⁶ ou do Banco Federal Alemão ao fixar a margem de desconto,⁸⁷ porque, independente do fato de saber se a lei

⁸⁴ Nem toda a discricionariedade exercida pela autoridade administrativa, com base nas circunstâncias especiais do caso concreto, é discricionariedade tática, como a omissão da não-aplicação excepcional de preceitos de construção.

⁸⁵ Cf. *BVerfGE*, 46, p. 160 (165, seqüestro de Schleyer: a proteção efetiva do cidadão exige uma flexibilidade dos órgãos estatais, cuja reação torna-se imprevisível para os terroristas).

⁸⁶ Ver § 3.º PolG Baden-Württemberg. A tentativa de Knemeyer (*VVDStRL*, 35, 1977, p. 221, 228, 236 e segs., 248) eliminar a discricionariedade policial não encontrou nenhuma ressonância; cf. p. 307, 312, 329-45.

⁸⁷ Ver § 15, *BBankG*. Cf. Spindler; Becker & Starke. *Die Deutsche Bundesbank*. 4. ed. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1973. nota II 2 ao § 15; Pfeleiderer, O. In: Kaiser, ed. *Planung III*, Baden-Baden, 1968. p. 409 e segs. (414 e seg. com nota 7); Tettinger. op. cit. (nota 62), p. 439 e seg.

atribui expressamente discricionariedade, esta resulta da própria coerência da lei ao atribuir poderes táticos.

1.3.2 Espaço livre para a adaptação da lei às circunstâncias especiais do caso concreto (*Dispensermessen*)

Outro pode ser o caso quando a lei permite que, no caso concreto, os seus preceitos legais não se apliquem (*Dispensermessen*). Neste caso, deve-se distinguir entre duas variantes.

Por um lado, a lei pode visar, de forma em princípio obrigatória, uma regulamentação fixa para todos os casos de sua aplicação. Com a autorização de dispensa, deve ser tomada em consideração a circunstância de que uma aplicação literal concreta pode levar, excepcionalmente, a um resultado contrário ao fim da lei.⁸⁸ O problema consiste, no fundo, em verificar se a autorização excepcional concretizadora pode ser entendida como um ato de reconhecimento jurídico de adaptação, cuja reprodução, em princípio, também pode ser feita por um tribunal administrativo.

Por isso negam, em parte, os tribunais administrativos que uma autorização excepcional garantida expressamente pela lei deva ser vista como totalmente vinculada e, por isso, não controlam em todo o seu alcance, se a lei deve ser aplicada ao caso concreto e de que modo. Isto vale para a autorização excepcional (*Ausnahmegenehmigung*) de construção fora de bairros circunscritos, se, excepcionalmente, não existir qualquer interesse público contrário.⁸⁹ O legislador tem aqui de prever uma possibilidade excepcional de verificação de um caso atípico, mas claro que não necessariamente de maneira que a administração, como uma espécie de substituto do legislador possa decidir no uso da sua discricionariedade criadora se, no caso concreto atípico, verificam-se determinadas circunstâncias e quais as conseqüências que dela devem ser retiradas.

Mas uma “cláusula de dispensa” pode também ter sido concebida pelo legislador, com o intuito de autorizar a administração a não aplicar a lei em certos casos, na sua regulamentação particular. A idéia mestra da lei deve ser, na verdade, concretizada, mas por outros caminhos que não pela regra normal da lei. Assim, por exemplo, a lei contra a limitação de concorrência proíbe o funcionamento das empresas que não preencham os requisitos excepcionais legais, mas o ministro competente pode autorizar excepcionalmente o seu funcionamento, por questões prementes da economia no seu conjunto, como, por exemplo, para manter o equilíbrio da concorrência com o estrangeiro. A correspondente “discricionariedade de dispensa” do ministro é, contrariamente a todos os outros tipos de decisão dos grêmios comerciais, expressamente submetida a um total controle do tribunal competente.⁹⁰ Pois aqui o ministro é instituído, como substituto do legislador no caso concreto; a margem de atuação para a criação jurídica através da “dispensa” não é mais do que a livre apreciação dos pressupostos de verificação

⁸⁸ Cf. *BVerfGE*, 48, p. 102, 116, de 5 abr. 1978 (*Besteuerung von Waldbesitz*). *Allgemein Mußnug, Der Dispens von gesetzlichen Vorschriften*. Heidelberg, 1964. espec. p. 59 e segs., 77 e seg.

⁸⁹ *BVerfGE*, 18, 247, 250 e seg. de 29 abr. 1964.

⁹⁰ Cf. § 8.º, I, i. V. m. § 70, V, p. 2, *GWB*; e § 44, I, n. 2, *GWB*.

de uma disposição normativa. O tribunal tem de se limitar a examinar se a idéia mestra do legislador foi observada.⁹¹

1.3.3 Espaço livre para apreciação pericial (*Freiraum für Sachverstand*)

A discricionariedade pode ser definida como o espaço livre para a apreciação pericial da autoridade administrativa competente.

Os tribunais administrativos não estão, em geral, de acordo em reconhecer à administração, no caso de uma apreciação pericial, na interpretação e aplicação de conceitos legais indeterminados, a primazia dessa apreciação (*Beurteilungsvorrang*), ou mesmo um poder para a concretização criadora e a limitar-se a um “exame dos contornos”. Apenas com base em uma cláusula expressa de discricionariedade, pode a administração fazer valer sua experiência técnica. Isto leva a que a existência dos pressupostos legais para a autorização de uma central nuclear, depois de anos gastos num processo administrativo gracioso, no qual foram ouvidos quase todos os peritos disponíveis, em parte com o auxílio destes peritos, proceda-se a novo exame e, assim, sejam necessários outros tantos anos. Esta situação é sempre muito lamentável.⁹²

O remédio para isto não pode ser procurado na atribuição à autoridade administrativa competente do poder de, livremente, interpretar conceitos legais técnicos.⁹³ Decisivo é se, na organização e processo da entidade administrativa pericial, existe suficiente segurança de que o caso técnico foi abordado de forma geral e imparcial.

Em tais casos, tem de, em projetos nos quais o próprio Estado é parte, proceder-se à apreciação técnica de forma independente, não-vinculada a interesses unilaterais defendidos por comissões e, assim, reconhecer a competência, em princípio, do processo judicial.⁹⁴ Na jurisprudência encontram-se exemplos disto: na apreciação de escritos moralmente prejudiciais para a juventude feita através de uma comissão independente, na qual estão representados peritos e representantes dos interesses em conflito.⁹⁵

1.3.4 Espaço livre para a concretização legal de planos e atos criadores afins (*Planungsermessen*)⁹⁶

1. A já citada *Planungsermessen* é, desde cerca de meados dos anos 60, reconhecida como elemento essencial de todo o planejamento administrativo. Trata-se, nestes casos, também segundo a opinião dos tribunais administrativos, de uma autorização necessária, resultante da lei — como da lei federal de construção

⁹¹ Cf. Ritter. *Wirtschaftsrecht*. Heidelberg/Karlsruhe, 1979. p. 372 e seg., 475. O preceito é, porém, tomado restritivamente; Cf. *BGHZ*, 49 p. 367, 369, 372 e seg., de 5 fev. 1968.

⁹² Importante nos resultados Ossenbühl. *DVB1*, 1978. p. 1 e segs. Cf. Sommer. *Aufgaben und Grenzen richtlicher Kontrolle atomrechtlicher Genehmigungen*. Heidelberg, 1983. p. 15 e segs., 17 e seg.

⁹³ § 7.º, II, n. 3, *AtomG*.

⁹⁴ Cf. ainda as considerações de Ossenbühl. *DVB1*, 1978. p. 9.

⁹⁵ *BVerwGE*, 39, p. 197, 203 e segs. de 16 dez. 1971 = *JZ*. 1972. p. 204 (Bachof); Cf. Ossenbühl. *DOV*, 1972. p. 401 e segs. 404 e seg., e *DVB1*, 1974. p. 309 e segs. 313.

⁹⁶ Cf. contributo decisivo em Kaiser, ed. *Planung*. Baden-Baden, 1965-1972. Band 1-6.

(*BBauG*) — para o prosseguimento de fins e interesses para a ponderação criadora e realização de um determinado programa de atuação. O controle judicial limita-se a um controle do processo e da defensabilidade (*Vertretbarkeit*) do resultado da ponderação. Isto é reconhecido para a urbanização (*Bauleitplanung*) e o planejamento de estradas (*StraBenplanung*).⁹⁷

A discricionariedade de planejamento (*Planungsermessen*) pode ser atribuída expressamente pela lei, mas pode também resultar do sentido de conceitos legais indeterminados.⁹⁸ Assim, segundo o § 129 da *BBauG*, devem as quotas de exploração ser lançadas para cobrir os gastos feitos para a exploração da zona de construção. O que for exigido depois, por exemplo, no melhoramento de estradas, não será apreciado pelo tribunal como padrão objetivo, como acontece, em larga medida, com a exigibilidade de uma intervenção policial,⁹⁹ mas deixada à discricionariedade do planejamento do município, como titular da competência para o planejamento.¹⁰⁰

Mas nem toda a pesagem de interesses exigida para a execução de uma lei representa para a administração o exercício de discricionariedade planejadora (*Planungsermessen*) ou de discricionariedade criadora. Segundo a jurisprudência clássica do *PreuB. OVG*, era da competência do tribunal apreciar, em última instância, quais os interesses que têm primazia na sua ponderação.¹⁰¹ Assim, aquele tribunal administrativo controlava totalmente a questão se, no caso de desrespeito de preceitos do direito da construção, os interesses da vizinhança eram compatíveis com os interesses públicos.¹⁰² A ponderação (*Abwägung*) era aqui vista como um processo estático e não como um processo dinâmico da decisão planejadora ou de (outra) natureza criadora.

2. Mas, também, fora do planejamento em sentido estrito, a administração pode estar na posse de um poder semelhante de concretização criadora da lei, na ausência de uma cláusula de discricionariedade expressa quando, segundo as linhas mestras gerais, tem de ser tomada em consideração uma pluralidade de interesses participantes ou o equilíbrio entre vários pontos de vista.¹⁰³

Tal decisão administrativa “complexa”, como ela é também designada, verifica-se por exemplo quando o Banco Federal fixa a taxa de desconto ou a reserva mínima que um instituto de crédito tem de manter nos seus cofres.¹⁰⁴ A lei apenas fixa a fim de garantir o valor da moeda e, assim, apoiar a política econômica

⁹⁷ *BVerwGE*, 34, p. 301, 308 e seg. (*Bauleitplanung*); 48, 56, 63 e segs., de 14 fev. 1975. (*StraBenplanung*).

⁹⁸ Cf. *BVerwGE*, 48, p. 56 (63: “independente de uma positivação legal”, o princípio da ponderação — dos interesses em conflito — tem aplicação em qualquer plano do Estado de direito). Para o caráter planejador de conceitos legais indeterminados na administração econômica, cf. Seidler. *Rechtsschutz bei staateicher Wirtschaftsplanung*. Berlim, 1973. p. 56 e segs., 74 e segs., Tettinger. op. cit. (nota 62).

⁹⁹ Para a interpretação complexa do conceito de “exigibilidade” em direito de polícia por bitolas jurídicas totalmente controláveis e bitolas discricionárias apenas controláveis de forma limitada, cf. Drews; Wacke; Vogel & Martens. *Gefahrenabwehr*. 8. ed. 1975. v. 1, p. 137, 186 e segs., 190 e segs.

¹⁰⁰ Cf. Ernst; Zinkahn & Bielenberg. *Kommentar zum Bundesbaugesetz*. p. 10, § 129.

¹⁰¹ Cf. Scholz. op. cit. (nota 22), p. 39 e segs., 34 e segs.

¹⁰² *BVerwGE*, 56, p. 71, 75, de 9 jun. 1978 (§ 31, *BBauG*).

¹⁰³ Cf. Schmidt-ABmann. op. cit. (nota 59). p. 222 e segs.; Hoppe. op. cit. (nota 59).

¹⁰⁴ Cf. §§ 15, 16 *BBankG*.

geral do Governo federal.¹⁰⁵ Em “Programas finais” legais desta natureza, deve-se admitir uma legitimação para a criação inovadora, semelhante à do plano.¹⁰⁶

1.3.5 Espaço livre para a otimização flexível de funções do Estado (*Managementermessen*)

Já com a discricionariedade de planejamento (*Planungsermessen*) e com a discricionariedade de criação inovadora (*planungsähnlichen Gestaltungsermessen*) ultrapassou-se o âmbito clássico da “administração de intervenção” e, assim, da discricionariedade clássica. Este âmbito da “administração de intervenção” é completamente abandonado no caso de se tratar da perseguição de fins da administração pública por meio de uma empresa comercial do Estado. Isto vale para bancos estaduais, para empresas de trânsito estaduais ou municipais, empresas de fornecimento de água ou eletricidade, piscinas públicas, teatros, mas também para emissoras de rádio e de televisão de direito público.¹⁰⁷

Leis ou regulamentos apenas podem aqui, de modo correspondente, fixar os contornos exteriores, como a lei das sociedades anônimas (*Aktiengesetz*) relativamente à direção de uma sociedade anônima.¹⁰⁸ Tem-se que reconhecer ao órgão administrativo, para a eficiência da sua atividade, um grande espaço de atuação livre, espaço esse que pode ser caracterizado pela expressão “discricionariedade de gestão” (*Managementermessen*).¹⁰⁹ Numa instituição administrativa econômica, verifica-se uma tal *Managementermessen*, não apenas em relação à direção do negócio pelo titular da instituição, mas também nas relações da instituição com os seus utilizadores.

Esta *Managementermessen* não foi, todavia, até aqui, na maior parte das vezes, reconhecida pela doutrina da discricionariedade, porque as relações jurídicas de instituições administrativas econômicas para com os cidadãos fora, frequentemente, qualificadas de relações de direito privado tradicional, estando aberto à administração; assim, não apenas um espaço livre de discricionariedade vinculada, mas também a autonomia privada na sua total dimensão. Mas a tendência impôs-se cada vez mais na doutrina e jurisprudência no sentido de reconhecer, total ou parcialmente, uma tal atividade econômica ou afim, da chamada administração de prestação, como de direito público e, assim, retirar do direito privado o espaço de atuação da liberdade contratual, tanto mais que a *Managementermessen*

¹⁰⁵ Cf. §§ 3, 12 *BBankG*.

¹⁰⁶ Importante para a diferença entre programa-fim (*Zweckprogramm*) e programa-condição (*Konditionalprogramm*) Luhmann. *VerwArch*, 55. 1964. p. 1 e segs., 7 e segs.; Idem *Legitimation durch Verfahren*. 3. ed. Darmstadt, 1978. p. 130 e segs.

¹⁰⁷ Cf. Schmidt-ABmann. op. cit. (nota 59), p. 254 e segs.; Scholz. op. cit. (nota 62), p. 166; Hoppe. op. cit. (nota 59), p. 296 e segs.

¹⁰⁸ §§ 76 I *AktienG*. Cf. Hefermehl. In: GeBler; Hefermehl; Eckardt & Kropff. *Hommentar zum Aktiengesetz*. München, 1973/74. v. 2, p. 14, 19 e segs. ao § 76.

¹⁰⁹ A expressão não tem sido até agora empregada. Alguns pontos de partida encontram-se na doutrina e jurisprudência inglesa e americana; Cf. Lord Wilberforce. In: *England Revenue Commissioners v. National Federation of self-employed and small businesses Ltd*. 1982. AC 617 (H. L.); Fuller, 92 *Harvard L. R.* (1978/79), p. 353 e segs. (espec. p. 398, aqui como *managerial direction*, como alternativa entre a adjudicação e o contrato); Craig. *Administrative law*. London, 1983. p. 236 (referindo-se a Keeling na sua distinção entre administração como *Fehlervermeidung* e *management* como *Ziel-Mittel-Optimierung*) e 270 (*managerial direction*, em ligação com Fuller).

sen tem de ser aceita como forma especial da discricionariedade administrativa criadora (*gestaltendes Verwaltungsermessen*). O preenchimento de fins públicos¹¹⁰ não pode ser executado de forma simples, mas apenas ser alcançado o seu melhor, por uma “maleabilidade de comerciante” na concretização do programa de serviço (*Leistungsprogrammen*).

A *Managementermessen* detém, por exemplo, o Banco Federal para o preenchimento efetivo da sua atividade, quando ele, para “influenciar o curso da moeda e garantir o crédito”, fixa a margem de desconto ou a reserva mínima dos bancos.¹¹¹

1.4 Reconhecimentos gerais da discricionariedade

Se deixarmos esta visão exemplificativa das diferentes funções da discricionariedade em geral, então colocam-se, por fim, algumas considerações conclusivas:

1. A discricionariedade não se limita mais, desde 1955, conforme o modelo tradicional, à parte (da norma) dos efeitos de direito. Este estreitamento é reconhecido cada vez mais não só na RFA,¹¹² como na Áustria¹¹³ e na Suíça¹¹⁴ como evolução deficiente. Também no *Tatbestand* do preceito, pode o legislador atribuir discricionariedade para que a decisão mestra possa ser concretizada de modo criativo através de um programa da administração de concretização casuística.

2. Discricionariedade nesta forma, novamente alargada, não significa o mesmo que indeterminação e abertura de uma lei. A concretização de preceitos legais de valor, assim como sua aplicação ao caso concreto constitui, em maior ou menor medida, um fenômeno normal da aplicação do direito¹¹⁵ e fica, assim, reservada à última instância judicial, seja no direito civil, no direito penal, ou no direito administrativo. Apenas se verifica discricionariedade, num aumento quantitativo ou qualitativo, se for atribuída à administração o poder e a responsabilidade para o preenchimento de decisões-padrão (*Leitentscheidungen*) legais ou afins e para a concretização de programas de atuação, assim como para a emissão de normas jurídicas.

3. A idéia de um puro espaço de livre apreciação (*Beurteilungsspielraum*) deve ser, na medida do possível, abandonada ou limitada àqueles casos em que a decisão, devido à sua alta, subjetivamente, não é judicialmente exequível. Os tribunais administrativos devem reconhecer à administração a primazia na apreciação, no caso das provas de exame (*Prüfungentscheidung*).

4. O espaço livre da discricionariedade em sentido próprio é apenas controlável pelo tribunal nos seus contornos exteriores. Enquanto a *Dispensermessen* pode-se limitar a uma ampla e vinculada adaptação exequível da lei ao caso

¹¹⁰ Cf. §§ 102, I, n. 1; 104, I, n. 2, *bwGO*.

¹¹¹ Cf. nota 87.

¹¹² Cf. os autores referidos (nota 62).

¹¹³ Bernard, P. op. cit. (nota 10), p. 96 e seg. com mais referências.

¹¹⁴ Cf., para a Suíça, Rhinow. op. cit. (nota 17), p. 83 e segs.; ———. In: Imboden & Rhinow. *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*. 5. ed. Basel/Stuttgart, 1976. v. 1, p. 404 e segs.

¹¹⁵ Cf. Rhinow. op. cit. (nota 17), p. 85.

atípico, a discricionabilidade tática (*taktisches Ermessen*), *Planungsermessen* e *Managementermessen*, por sua natureza, tornam possível uma flexibilidade em alto grau e uma livre criação, mesmo perante o controle judicial posterior e não apenas perante a lei.

5. Como espaço livre para o preenchimento das variadas funções, a discricionabilidade não constitui qualquer corpo estranho ao direito administrativo do Estado de direito, mas um elemento necessário da administração efetiva, também no interesse do particular.¹¹⁶

Normas organizatórias e normas processuais, assim como o controle judicial da sua observação, podem oferecer um equilíbrio que impede aos tribunais o controle pleno da consonância material da decisão administrativa com a lei, sendo apenas possível um “controle dos contornos” (*Rahmenprüfung*).

¹¹⁶ A este resultado chega também Rhinow. op. cit. (nota 17), p. 94.