

Recebido em: 27.03.2020
Aprovado em: 12.05.2020

Universidade do Porto
Portugal

Volume 1, Número 1,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt

A discricionariedade administrativa no Estado de Direito (o seu enquadramento jurídico)

Administrative discretion in the rule of law (your legal framework)

António Francisco de Sousa¹

Resumo: O tema “discricionariedade administrativa” continua a ser o “calcanhar de Aquiles” do Direito Administrativo, apesar de ter sido historicamente a questão mais polémica e mais abordada pela dogmática jurídico-administrativa, desde os estudos preliminares de BERNATZIK e TEZNER. A grande relevância deste tema resulta do facto de ele ser a válvula de segurança e de garantia de efetivação do Estado de direito, e assim de realização da justiça material e do interesse público. Foram entretanto feitos progressos assinaláveis, mas falta ainda percorrer um longo caminho até que sejam alcançados níveis satisfatórios nos planos da conceção teórica, da aplicação prática e sobretudo do controlo jurisdicional. A discricionariedade continua, pois, a ser um tema atual e de transcendente relevância teórica e prática; continua a ser um desafio, mais que um obstáculo à realização da justiça no caso concreto. Esta reflexão procura ser um contributo válido para a juridificação da discricionariedade administrativa.

Palavras-chave: discricionariedade administrativa; Estado de Direito; justiça.

Abstract: The theme “administrative discretion” remains the “Achilles heel” of Administrative Law, despite being historically the most controversial and most addressed issue by legal-administrative dogmatics, since the preliminary studies by BERNATZIK and TEZNER. The great relevance of this theme results from the fact that it is the safety valve and guarantee of the fulfillment of the rule of law, and thus the realization of material justice and the public interest. Notable progress has been made in the meantime, but there is still a long way to go before satisfactory levels are reached in terms of theoretical design, practical application and, above all, judicial control. Discretion is, therefore, still a current topic and of transcendent theoretical and practical relevance; remains a challenge, more than an obstacle to the realization of justice in the specific case. This reflection seeks to be a valid contribution to the legalization of administrative discretion.

Keywords: administrative discretion; Rule of law; justice.

¹ Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Coordenador da Área Científica “Ordem e Segurança” do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos.

1. Razão de ser da escolha do tema

1.1. Sua relevância e atualidade

O tema “discricionariedade administrativa” continua a ser o “calcanhar de Aquiles” do Direito Administrativo, apesar de ter sido historicamente a questão mais polémica e mais abordada pela dogmática jurídico-administrativa, desde os estudos preliminares de BERNATZIK e TEZNER. A grande relevância deste tema resulta do facto de ele ser a válvula de segurança e de garantia de efetivação do Estado de direito, e assim de realização da justiça material e do interesse público. Foram entretanto feitos progressos assinaláveis, mas falta ainda percorrer um longo caminho até que sejam alcançados níveis satisfatórios nos planos da conceção teórica, da aplicação prática e sobretudo do controlo jurisdicional. A discricionariedade continua, pois, a ser um tema atual e de transcendente relevância teórica e prática; continua a ser um desafio, mais que um obstáculo à realização da justiça no caso concreto. Esta reflexão procura ser um contributo válido para a juridificação da discricionariedade administrativa.

1.2. Ligação do candidato ao tema: trabalho de uma vida

O nosso interesse pelo tema da discricionariedade vem desde o primeiro momento da nossa carreira académica, pois foi com um trabalho de investigação nesta área que nos candidatamos, em junho/julho de 1982, a um lugar de Assistente Estagiário na FDUL, objetivo que foi alcançado após defesa pública do mesmo. No ano seguinte, iniciámos um período de alguns anos de investigação em Freiburg (Alemanha) que incidiu sobre a discricionariedade administrativa e que, sob a orientação de M. BULLINGER, culminou com uma tese intitulada “A discricionariedade administrativa – Origem e evolução histórica no ‘sistema continental europeu’...”, apresentada e discutida publicamente em Freiburg, em dezembro de 1986, e publicada quase integralmente em Portugal, em 1987. Ainda em 1986 publicamos no Brasil um artigo intitulado “Os ‘conceitos legais indeterminados’ no direito administrativo alemão”. Seguiu-se uma dissertação de mestrado em Coimbra, em 1994, intitulada ‘Conceitos indeterminados’ no direito administrativo, sob a orientação do Professor Doutor ROGÉRIO EHRHARDT SOARES. Juntam-se ainda diversos estudos complementares que foram publicados como artigos ou capítulos de livros. São, pois, já 37 anos de estudo e reflexão do tema, numa aprendizagem e evolução contínuas, o que, contudo, não fez desaparecer muitas dúvidas e sobretudo uma consciência clara de que o debate dogmático da discricionariedade administrativa está para ficar ainda por muito tempo.

O móbil que nos impeliu, desde a primeira hora, à causa da discricionariedade e dos conceitos indeterminados esteve na constatação de uma realidade administrativa muito distante do Estado de direito efetivo e no desejo de contribuir para a redução dessa distância. Para isso, aderimos a concepções e conformamos ideias que permitem

chegar ao objetivo traçado de um Estado de direito mais efetivo, orientando-nos pela questionação de WILLI BREDEL: “A quem serve a arte?” (que corresponde a questionar a quem serve um amplo ou restrito conceito de discricionariedade administrativa).

2. Discricionariedade: figura nuclear, mas sem definição legal

O legislador emprega frequentemente o termo discricionariedade, mas não o define. A discricionariedade é assim pressuposta, mas não definida. Embora uma definição legal de discricionariedade administrativa não resolvesse todos os seus problemas, contribuiria certamente para a sua clarificação, pois a não definição legal da discricionariedade administrativa concorre para a sua ambiguidade nos planos dogmático e jurisprudencial. Também por este motivo, a discricionariedade administrativa continua a ser um domínio complexo e repleto de incertezas jurídicas, frequentemente exploradas para a realização de fins contrários à lei e ao interesse público.

O Estado de direito em geral e o legislador português em especial exigem a determinação e a maior clareza e objetividade em todos os domínios da lei, particularmente quando estão em causa, direta ou indiretamente, direitos fundamentais. Por isso, o legislador português deve regular o conteúdo e o exercício da discricionariedade, para que a autoridade administrativa conheça claramente o que pode e deve fazer, o cidadão possa saber inequivocamente onde começam e acabam os seus direitos e deveres, e os tribunais cumpram melhor a sua função de controlo da interpretação e aplicação da lei. Desde logo, o legislador deve estabelecer claramente os critérios e os limites do controlo jurisdicional.

3. Razão de ser da discricionariedade: instrumento de realização da justiça material e do interesse público

O poder discricionário resulta do facto de a generalidade e a abstração da lei não se adequar na perfeição à realização da justiça em situações concretas específicas que exigem a análise e ponderação casuística, nos seus contornos concretos. A decisão geral e abstrata do legislador cede então o lugar à decisão concreta, que analisa e pondera a especificidade do caso concreto, com vista à realização da justiça material e do interesse público. Mas esta “delegação” da lei na Administração tem de ser restringida aos casos de absoluta necessidade, pois ela ocorre sacrificando as virtudes da generalidade e da abstração, que proporcionam segurança jurídica e justiça material e que previnem a desigualdade arbitrária de tratamento.

A discricionariedade não é, assim, um poder estranho ao Estado de direito, mas um instrumento indispensável à realização da justiça material e do interesse público. A discricionariedade tem aqui a sua razão de ser e o seu limite, o seu princípio e o seu fim.

4. Atribuição da discricionariedade

A primeira grande questão que se coloca consiste em saber quando estamos perante um poder discricionário.

4.1. Princípio geral: os poderes da Administração são atribuídos por lei

No Estado de direito, não há Administração sem lei, isto é, a Administração apenas dispõe dos poderes que a lei lhe confere, especialmente no âmbito da chamada Administração de ingerência, sendo que também na Administração de prestação terá de haver uma habilitação legal: as funções e as competências não se presumem, mas são conferidas por lei.

4.2. Exigências reforçadas para a discricionariedade

Correndo o exercício do poder discricionário sério risco de materializar ingerências graves nos direitos e liberdades dos cidadãos e sendo muito difícil, ou mesmo impossível, aos atingidos provar as reais intenções da Administração na determinação do fim da sua atuação, é sensato, lógico e legítimo exigir que a atribuição de um poder que representa tantos perigos seja restringido aos casos em que se verifica a externação clara e inequívoca de uma correspondente vontade na lei de habilitação. Por outras palavras, o poder discricionário significa em princípio menor intensidade do controlo jurisdicional. Isto implica uma importante limitação para o próprio legislador. A atribuição pelo legislador de um poder discricionário significa uma certa exclusão do controlo jurisdicional dos direitos subjetivos, eventualmente fundamentais. Isto obriga ao legislador ter em consideração que, no Estado de direito com separação de poderes, a interpretação final vinculativa da norma e o controle da aplicação da lei estão, por força da Constituição, reservados aos tribunais. Assim, uma “libertação” da aplicação do direito relativamente ao controlo jurisdicional só pode ser feita quando se verifique um fundamento material suficientemente importante face ao princípio da tutela jurisdicional efetiva².

4.3. Proibição de presunção da discricionariedade

Temos, assim, que no Estado de direito, a discricionariedade não se presume e não pode resultar do recurso à analogia. No Estado de direito não há discricionariedade sem lei (sem autorização legal), por indeterminação da lei, para além da lei ou contra a lei. Sendo a discricionariedade produto da vontade claramente expressa (do legislador), não há também discricionariedade resultante de meros conceitos isolados ou de situações complexas de mera cognição, de mero (re)conhecimento, ou de mera

2 Neste sentido, cf. BVerfG, ac. de 22.11.2016, parágrafo 21, in: BVerfGE 143, 216, 225 e seg.).

constatação, onde o legislador não deixou à Administração qualquer possibilidade de alternativa ou escolha.

4.4. Discricionariedade como espaço não controlado pelo tribunal

Alguma doutrina e jurisprudência têm definido a discricionariedade administrativa de forma negativa, reconduzindo-a para o recanto da decisão que o tribunal não controlou. Este entendimento deve, no entanto, ser recusado. “A discricionariedade administrativa não depende do controlo jurisdicional”, mas do legislador, pois só este confere poderes à Administração. “Um conceito negativo de discricionariedade, isto é, discricionariedade como um espaço que o tribunal administrativo não pôde ou não quis controlar, significa a negação da discricionariedade e constitui um perigo para a proteção jurídica dos cidadãos. Um conceito negativo de discricionariedade reflete-se com desvantagem também para a Administração, pois não delimita com exatidão os seus poderes. Até o legislador não saberia, em certos casos, com exatidão, se os poderes que atribui seriam livres ou vinculados”³. “Do forçoso reconhecimento de auto recuo do controlo jurisdicional não se deve concluir que a zona não controlada se transformou por isso em zona discricionária”⁴. “A flexibilidade do self-restraint judicial permite ao tribunal adaptar-se permanentemente às novas situações, aos novos reconhecimentos científicos e às novas técnicas de controlo”⁵. E “o juiz, criterioso e responsável, conhecendo o real significado da função de julgar, fixará a linha ideal do seu controlo de acordo com as circunstâncias envolventes do caso concreto”⁶. Assim, pode e deve haver auto recuo do controlo jurisdicional⁷, mas os poderes, vinculados ou discricionários, recebe-os a Administração da lei e não resultam de um eventual controlo jurisdicional⁸.

3 SOUSA, A. F. de, *A discricionariedade administrativa*, Lisboa 1987, p. 331 e seg.

4 SOUSA, A. F. de, *A discricionariedade administrativa*, Lisboa 1987, p. 332 e seg.

5 SOUSA, A. F., “Conceitos indeterminados” no direito administrativo, Coimbra 1994, p. 238.

6 SOUSA, A. F., “Conceitos indeterminados” no direito administrativo, Coimbra 1994, p. 240.

7 Mesmo havendo auto recuo, o controlo jurisdicional de decisões específicas de exame alarga-se à questão de saber se o examinador respeitou o padrão objetivo de avaliação, isto é, se p. ex. ele classificou como falsa uma observação/resposta tecnicamente correta ou sustentável. As avaliações e as ponderações específicas de exame devem ser compreensíveis e, em particular, elas não devem conter contradições substanciais (controlo que pode ser feito a partir da fundamentação).

8 A jurisprudência administrativa superior alemã dos últimos anos tem-se debruçado sobre a questão da possibilidade de controlo jurisdicional total da avaliação pela Comissão de Controlo de Qualidade do Vinho (Weinprüfungskommission), que tem por missão classificar os vinhos e atribuir um número de qualidade baseado em três fatores de avaliação: o aspeto, o cheiro e o sabor de um vinho. Sobre esta questão, o Tribunal Administrativo Federal concluiu: “Pode ser controlado pelo tribunal de forma limitada, uma vez que a lei concedeu aos membros da Comissão (especialistas na matéria) para esse efeito uma margem não desprezível de apreciação. Isto é válido não apenas quanto ao resultado das avaliações sensoriais, mas também quanto ao procedimento de tomada de decisão”. E continua: “Enquanto os avaliadores não se guiarem por considerações irrelevantes (estranhas) para a avaliação e a avaliação não padecer de erro grave (manifesto, evidente), a decisão não pode ser corrigida pelo tribunal (neste caso, a decisão de não atribuição de um número de controlo de qualidade” (ac. do BVerwG de 16.05.2007, in: NJW 2007, 2790). Segundo a lei alemã, um vinho recebe um número oficial de controlo de qualidade se tiver atingido pelo menos a pontuação de 1,5 na média das avaliações de todos os avaliadores. Esta jurisprudência é inteiramente aceitável, considerando a impossibilidade de um controlo total consistentemente fundado em argumentos lógicos e juridicamente válidos. Este é um daqueles casos em que o tribunal tem autonomia para determinar em concreto até onde pode ir no seu controlo.

4. 5. A cláusula “pode”, o “falso pode” e a vinculação estrita

Tradicionalmente, a dogmática jurídico-administrativa sustentou que para atribuir a discricionariedade o legislador recorre frequentemente às chamadas cláusulas “pode”. Porém, o uso pelo legislador da cláusula ‘pode’ constitui um mero indício (e nada mais que isso) de atribuição de um poder discricionário. Portanto, o emprego, na estatuição da norma jurídica, do termo “pode” não significa ipso facto, sempre e inevitavelmente, a atribuição de um poder discricionário. Pode estar em causa apenas a previsão de uma competência ou uma autorização no âmbito da Administração vinculada. Assim, não obstante o uso na norma jurídica da cláusula “pode”, no caso concreto podemos estar perante um poder vinculado. Em muitos casos isto resulta da própria interpretação da norma jurídica, pois muitas normas contêm em si uma negação da própria afirmação (um “falso pode”).

Apenas um exemplo da lei:

O art.º 92.º, n.º 4, do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (DL n.º 214-G/2015, de 02/10) diz: “O despejo deve executar-se ..., salvo quando houver risco iminente de desmoronamento ou grave perigo para a saúde pública, em que poderá executar-se imediatamente.” Este “poderá” é inequivocamente um deverá, sempre que se verifique a situação de “risco iminente de desmoronamento ou grave perigo para a saúde pública”.

5. Redução da discricionariedade a zero

Em geral, verifica-se uma “redução da discricionariedade a zero” (como tão enfaticamente formulou ALFONS GERN, em 1987)⁹ quando um poder discricionário atribuído pelo legislador se converte, no caso concreto, pela aplicação de normas e princípios vigentes, numa decisão vinculada.

Um caso ilustrativo de redução da discricionariedade a zero resulta do seguinte exemplo: uma pessoa está a afogar-se num rio. A autoridade competente (p. ex. a polícia) pode salvar essa pessoa lançando uma boia, nadando até ela, chamando um salvador-nadador. Só aparentemente há liberdade de escolha entre estes meios. Na realidade, o elevado valor do bem em risco (vida humana) e o elevado risco (perigo iminente de afogamento) obrigam à adoção do meio que em tempo útil se revela mais adequado, mais célere e menos oneroso para atingir o fim em vista que é o salvamento. A escolha converte-se, assim, numa obrigação de, ponderada a situação em concreto e os meios disponíveis, lançar mão do meio mais adequado.

6. Discricionariedade de Estado de direito: discricionariedade juridificada e de justiça material

6.1. Discricionariedade juridificada

⁹ GERN, A., “Die Ermessensreduzierung auf Null”, DVBl. 1987, 1194 e segs.

No Estado de direito só há lugar para uma discricionariedade juridificada, isto é, uma discricionariedade concebida e limitada pelo direito, como produto do direito. A discricionariedade e a apreciação, como também o interesse público, desenvolvem-se nos critérios do direito e nos limites do direito. A solução discricionária tem de ser a solução imposta pela lei e pelo direito; ela deve ser encontrada de acordo com o melhor exercício do poder, a melhor convicção, o melhor conceito de justiça, a maior transparência, clareza e objetividade. A discricionariedade administrativa é, pois, um instrumento não de realização de caprichos ou arbítrios, mas de realização da justiça no caso concreto e do interesse público. O leque das alternativas já dormita na norma e é condicionado determinantemente pela lei de autorização discricionária e pelo direito. Por isso, quando por vezes se diz que na discricionariedade o legislador “não quer saber” da solução que vai ser adotada no caso concreto, isso não poderá ser tomado à letra, pois não pode significar uma solução fora da lei ou indiferente à lei. Bem pelo contrário: o exercício do poder discricionário é ainda realização da lei e do direito. Não existe discricionariedade administrativa na forma de liberdade de escolha arbitrária, mas apenas discricionariedade administrativa na forma de ‘escolha funcional’, que é também “escolha do melhor”, isto é, uma falsa escolha. A discricionariedade é ainda uma questão de juridicidade e não apenas ou sobretudo de política administrativa ou de opinião subjetiva. A lei e o direito impõem a medida mais conveniente; e, se impõem, estamos perante uma questão de juridicidade. É certo que a determinação do que é mais conveniente ou oportuno pode envolver, em maior ou menor medida, o recurso a elementos extrajurídicos, que não podem ser confundidos com os aspetos jurídicos, mas esses elementos têm de ser clara e objetivamente demonstrados (porque têm relevância jurídica)”.

A discricionariedade não é uma forma de desvinculação da Administração à lei e ao direito. Discricionariedade e direito não são realidades antagónicas ou substancialmente distintas, mas consubstanciais, feitas da mesma matéria. A discricionariedade exerce-se pelas vias e nos limites do direito, para realizar o direito, sendo que o interesse público é parte deste. Ela é a via necessária, certa e adequada para a realização do direito no caso concreto. A vontade exercida no exercício da discricionariedade é a vontade da lei e do direito, por intermédio do órgão ou agente da Administração.

6.2. Discricionariedade como poder funcional: vontade subjetiva e vontade funcional

O direito não pode depender da vontade subjetiva, enquanto vontade pessoal do agente administrativo, mas impõe o exercício da vontade funcional, que é a vontade do agente limitada pela lei e pelo direito, no escrupuloso cumprimento dos seus deveres funcionais. É exigida uma vontade objetiva e funcional, capaz de ser claramente entendida por terceiros (especialmente pelo cidadão interessado e pelo tribunal). O direito proíbe que o agente se oriente pela sua vontade estritamente

peçoal, tanto na perspetiva do seu interesse pessoal como na perspetiva da sua 'visão do mundo' estritamente pessoal, mas também por gostos e preferências do foro individual-pessoal. Todo o órgão e agente administrativo está juridicamente vinculado à neutralidade, não só política, religiosa e ideológica, mas também do foro estritamente subjetivo. A vontade funcional vem da lei e tem de se dirigir para o cumprimento da lei, para a realização do interesse público, para o respeito pelos direitos dos cidadãos. A vontade funcional forma-se e exerce-se nos limites impostos pelo cumprimento rigoroso dos deveres funcionais, isto é, dos deveres do desempenho cuidadoso da função, o que implica boa-fé, integridade, bom senso, ponderação e lealdade do órgão ou titular que atua aos fins da lei e do direito. A deslealdade à Constituição, entendida como violação de valores fundamentais da Constituição, revela (e faz prova suficiente) falta de idoneidade para o cargo. Neste caso, a consequência deveria ser, automaticamente, a perda de mandato ou a destituição do cargo.

6.3. Discricionariedade para a realização da justiça material: o verdadeiro ADN da Administração Pública

O verdadeiro ADN da Administração Pública de Estado de direito está na realização da justiça material e, essencialmente por esta e para esta, do interesse público. Para isso, a Administração tem ao seu dispor, antes de mais o princípio da justiça e a equidade.

A equidade é em Portugal fonte de direito (cf. art.º 4.º do Cód. Civil) e critério ou princípio de decisão que exige realização da justiça no caso concreto.

A justiça material proíbe a decisão injusta, mesmo nos casos em que por lacuna da lei, por imperfeição ou incorreção da lei, ou mesmo por determinação expressa da lei tudo aponte para uma decisão injusta: a justiça material tem de imperar sempre; se necessário, mesmo contra legem. O Estado de direito é Estado de justiça efetiva ou material (concretizada, tornada realidade, vivida), sempre e em toda a parte. As leis injustas não são direito, porque direito superior às leis positivas impede a sua vigência.

Em rigor, no caso concreto, o reconhecimento do império da justiça material sobre a justiça formal implica a própria negação da discricionariedade, pois no caso concreto só uma decisão é materialmente justa: aquela que, no respeito pela lei e pelo direito, realiza a justiça material e melhor satisfaz o interesse público.

6.4. Discricionariedade como cultura de justiça material: poder responsável e para servir - mudança de paradigma cultural

A Administração pública tem de abandonar a ideia de poder como privilégio ou regalia, fruto de uma educação que surgiu e se desenvolveu, como observou Karl POPPER, num "sistema cuja base última é a adoração do poder", mas que já não tem cabimento no Estado de direito atual.

No exercício do poder discricionário, a cultura do gozo de privilégios tem de ser substituída, por imposição do Estado de direito, pela cultura do cumprimento do dever, pois este é a verdadeira essência da liberdade: só o cumprimento do dever me liberta. Se a cultura proporciona ao ser humano em geral o “andar direito”, isto é antes de mais válido para o titular de poder discricionário. O direito e o Estado direito desenvolvem-se pela vivência de uma cultura de cumprimento do dever.

O imperativo de realização da justiça material compromete o aplicador da lei no seu todo, o funcionário ou agente de alto a baixo, a pessoa na sua máxima elevação. Pela injustiça, a pessoa afasta-se do mundo, mas liga-se a ele pela justiça. A justiça material é o direito no seu todo, enquanto a lei é apenas parte dele. Não é Estado de direito aquele em que impera a cegueira ou a indiferença (muitas vezes da própria norma positiva) perante a justiça. Não é excelente a Universidade (algumas são-no estatutariamente) que forma juristas indiferentes à justiça. Não é a lei, mas a justiça que molda a sociedade.

7. Discricionariedade: realização do interesse público, respeito pelo direito e princípio da melhor escolha

A relação da discricionariedade com o “interesse público” tem gerado, de há muito, acesa celeuma doutrinária. Tradicionalmente, o interesse público serviu de cláusula de refúgio para decisões arbitrárias e para a recusa de controlo jurisdicional. Foi contra este entendimento errado que se insurgiu P. HÄBERLE na sua obra fundamental *O interesse público como problema jurídico*, de 1970¹⁰. O interesse público é pilar fundamental do Estado de direito e exigência constitucional. Ele é um problema essencialmente jurídico e não um problema extrajurídico ou antijurídico. O interesse público não existe contra o direito, mas surge nele, faz parte dele e existe para ele. No Estado de direito, o interesse público manifesta-se de múltiplas maneiras, conhece diversas dimensões, mas emana do direito, vive e desenvolve-se nele, está limitado por ele e ao serviço dele. Por isso, o primeiro e fundamental interesse público, que condiciona determinadamente todos os outros interesses públicos, reside na observância da lei, antes de mais da Constituição, e do direito.

8. Discricionariedade e figuras afins

8.1. Apreciação/valoração: verificação e declaração de valor

Como Estado de justiça material, o Estado de direito apenas admite a justa apreciação/valoração. Tudo para além disto é inconstitucional e ilegal. A justa apreciação/valoração converte-se, no caso concreto, numa única decisão e, assim, numa vinculação da Administração a essa decisão única. Esta é uma questão que exige um controlo jurisdicional tão intenso quanto possível. O Estado de direito e a

10 HÄBERLE, Peter, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970.

sua tutela jurisdicional efetiva exigem máximos em termos de intensidade de controlo, porque só um controlo tão intenso quanto possível é capaz de assegurar a justiça material. Por isso, o tribunal não pode limitar-se a cumprir mínimos (controlo mínimo).

8.2. Margem de livre apreciação

Na dogmática jurídico-administrativa continua a suscitar celeuma a questão da margem de livre apreciação. Esta é, por vezes, definida positivamente como um poder ou prerrogativa da Administração que não cai sob o controlo jurisdicional e que, por isso, acabaria na prática por equivaler a um poder discricionário, como zona de livre decisão. Recusamos este entendimento por ser inconstitucional. Mas a margem de apreciação também pode ser definida negativamente, como um poder que, sendo por natureza vinculado, o seu controlo jurisdicional deve ser, contudo, em maior ou menor medida, (auto)limitado pelo tribunal, tendo em consideração:

- a) as circunstâncias do caso concreto;
- b) a legitimidade de decisão da Administração; e
- c) a própria natureza da ação de controlo jurisdicional.

Esta formulação negativa da margem de apreciação é a que melhor satisfaz as exigências do Estado de direito. Por isso, é esta a orientação que deve ser seguida. Na margem de apreciação, o que fundamentalmente está em causa é uma questão de maior ou menor intensidade do controlo jurisdicional da apreciação juridicamente vinculada da Administração.

8.3. O caso especial do controlo jurisdicional da avaliação de conhecimento

Vejam os mais especificamente, o caso, para nós paradigmático, da avaliação de conhecimento. Toda a avaliação de conhecimento está sujeita a princípios jurídicos, antes de mais ao princípio da avaliação justa, funcional e responsável. E, em geral, a dignidade humana e os direitos fundamentais são limites à avaliação de conhecimento, tal como também o são os princípios gerais de direito administrativo em geral.

Neste sentido, constitui, por exemplo, um princípio de avaliação com validade geral o de que as respostas corretas e os contributos úteis para a solução (consoante o caso concreto) não devem, em princípio, ser consideradas como estando erradas, pelo que não podem levar ou contribuir para a reprovação ou para uma avaliação mais baixa. Quando, pela especificidade ou natureza da questão sujeita a exame, a correção ou aptidão de soluções não sejam claramente determináveis, isto é, quando a questão é técnico-cientificamente controversa, a margem de avaliação

do examinador é limitada pela margem de resposta do examinando¹¹. Assim, não deve ser considerada errada uma resposta ou solução aceitável (ou sustentável) que seja razoavelmente apoiada em argumentos consistentes. Também não cai na margem de avaliação do avaliador uma avaliação (pontuação) assente num critério técnico-científico pessoal do examinador que para um especialista na matéria tem de ser considerado como insustentável. As avaliações técnico-científicas podem e devem ser controladas intensamente pelos tribunais, no contexto de um controlo, em princípio, total.

8.4. “Liberdade de conformação”: imperativo de justa ponderação (Abwägungsgebot)

As considerações gerais formuladas sobre a discricionariedade e a margem de apreciação também se aplicam com pertinência no domínio da planificação administrativa. Mas este domínio tem uma especificidade individualizadora: o procedimento de planificação (“fixação do plano” – “decisões de planificação”) está associado, pela sua própria natureza, a uma justa (ou “adequada”) ponderação dos múltiplos interesses em conflito, incluindo públicos e privados, à qual é inerente uma chamada “margem de conformação planificadora”, que é conhecida como “discricionariedade de planificação”. A “liberdade de planificação” ou “liberdade de conformação planificadora” está associada ao facto de as normas de planificação não preverem factos subsumíveis, mas imporem fins a atingir, cuja realização se prolonga no tempo (“como um intervalo musical” – Joseph Heinrich Kaiser) e exige, por natureza, liberdade de conformação. “Planificação sem liberdade de conformação

11 Um ac. do OVG Lüneburg, de 2.7.2014 (in: NVwZ-RR 2015, 299 e segs.), é elucidativo a este respeito quando diz, no seu n. m. 40: “Ao controlar as avaliações, deve-se fazer uma distinção entre as avaliações técnicas e avaliações específicas de exame. De acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, a margem de avaliação do direito dos exames limita-se a avaliações específicas de exame, portanto, em princípio, não se alarga a questões técnicas que constituem objeto da avaliação [...]. A avaliação especificamente técnica pelos examinadores está geralmente sujeita a um controlo jurisdicional total. Isto diz respeito acima de tudo à questão de saber se a tarefa objeto de exame foi corretamente avaliada pelo examinador como tecnicamente incorreta, correta ou pelo menos sustentável. Quando a correção ou adequação das respostas/soluções não é inequivocamente determinável dada a especificidade da questão objeto do exame e, pelo contrário, a avaliação deixa espaço para opiniões controversas/diversificadas, o examinando deve gozar de uma adequada margem de resposta [...]”. E prossegue, de forma elucidativa no n. m. 41: “41. Esta avaliação específica de exame compreende, entre outras coisas, o grau de dificuldade da tarefa (p. ex. um tema de desenvolvimento), a forma/capacidade de abordar/apresentar o problema, a boa estruturação da exposição/apresentação, a qualidade da apresentação, a persuasão (poder persuasivo) dos argumentos, a avaliação/ponderação da gravidade dos erros em concreto, a impressão geral do desempenho e, finalmente, o nível médio (padrão) de exigência a seguir como padrão de diferenciação na atribuição de notas [...]. A margem de apreciação dos examinadores nesta avaliação específica do exame baseia-se no facto de as notas dos exames não deverem ser consideradas isoladamente, mas podem ser encontradas no âmbito de um quadro de referência que é influenciado pela experiência e pelas conceções técnico-científicas dos examinadores. Os examinadores devem basear as suas avaliações na experiência que desenvolveram ao longo da sua praxis de exames comparáveis. [...], se, pelo contrário, o procedimento judicial desenvolvesse os seus próprios critérios de avaliação para a classificação específica do exame, os critérios voltariam a ser violados e a igualdade de oportunidades seria questionada por todos os examinandos. [...]” E, num ac. de 7.4.2016, O Tribunal Administrativo Federal conclui no seu n. m. 24: “Os limites funcionais da jurisdição administrativa [...] seriam excedidos se os tribunais administrativos [...] exigissem eles próprios decidir entre posições cientificamente sustentáveis [...]. Não é tarefa dos tribunais administrativos tomar partido sobre questões cientificamente controversas”.

seria em si uma contradição”¹². A lei impõe a prossecução de fins que devem ser alcançados respeitando os critérios de ponderação e os limites gerais do direito. A liberdade de conformação da Administração implica uma limitação do controlo jurisdicional.

8.5. “Liberdade de previsão”: antevisão segundo regras da arte (base: conhecimento técnico e dados da experiência). Princípio da previsão e princípio da precaução (pré-prevenção, por exemplo no caso de risco de causar cancro; imparcialidade, risco de violação)

Também as chamadas decisões de prognose ou decisões de perigo ou de risco se situam na zona de tensão entre a função e a responsabilidade da Administração, por um lado, e o controlo jurisdicional, por outro lado. Tipicamente, as “decisões de prognose” envolvem previsões sobre acontecimentos futuros. Faltando na decisão de prognose os critérios racionais típicos da subsunção, o seu controlo jurisdicional tem de ser recuado, não pleno, mas eventualmente “criativo” (direito judicial – Richterrecht). Do auto recuo do controlo jurisdicional não resulta para a Administração uma “liberdade de previsão” do risco. Em matéria de controlo da prognose, o controlo jurisdicional incide sobre a base da prognose e a validade ou sustentabilidade comprovada dos critérios de previsão, aqui com possibilidade de desenvolvimento jurídico (criação de direito).

9. Atribuição dos mandatos de apreciação, de conformação, de previsão, de boa administração e de “boa gestão”: poder como mandato com vinculação a princípios jurídico-administrativos

Aspeto especialmente relevante neste domínio é o da atribuição da função administrativa como mandato. O Estado de direito e a lei conferem à Administração um mandato, como poder-dever de realização do melhor possível, da melhor escolha, da maior eficiência, economicidade, celeridade, que configura uma verdadeira vinculação a princípios jurídico-administrativos que representam em si ordens imperativas de justa apreciação, de justa conformação, de correta previsão, de boa administração e de boa gestão. Estes mandatos para máximos e para o melhor possível têm natureza jurídica e fortes implicações jurídicas, neles se fazendo exigências concretas de organização e funcionamento, de procedimento e de processo, de tempo (v. g. o presente procedimento de provas) e de espaço, mas também de justiça material, de apreciação, de justa ponderação, de correta previsão, de celeridade, de economicidade. Também aqui impera e predomina o direito, com reflexos diretos para o controlo jurisdicional.

¹² A expressão é do Tribunal Administrativo Federal alemão, in: BVerwGE 34, 301, 304.

10. Procedimento de decisão com justa apreciação/ponderação racional e previsível

O procedimento administrativo é em si mesmo uma forma de legitimação e de limitação do poder administrativo, na medida que em subordina a Administração à observância de princípios e regras jurídico-procedimentais. A orientação fiável e necessária na comunidade jurídica, em sociedade aberta, não se funda num “direito indiscutível” baseado no juízo “autónomo” ou “independente” da consciência de quem decide ou julga. Este juízo não é suficiente para criar certeza de orientação; é necessário subordinar a formação do juízo a princípios e normas, procedimentos e argumentos jurídicos. As decisões têm de ser fundamentadas de maneira aceitável, sensata, razoável, lógica e convincente para terceiros e para a comunidade em geral (“pressão de legitimação”). Assim, as decisões seguem procedimentos racionais previsíveis. A racionalidade do direito favorece a objetivação, o respeito por princípios racionais de conduta. Exige-se uma fundamentação sensata e um distanciamento funcional em relação aos interesses sobre os quais se decide. O direito necessita de garantia de execução, de certeza de realização, de modo a assegurar uma certeza normativa de orientação na comunidade¹³.

O procedimento de decisão com justa apreciação ou ponderação racional e previsível é um procedimento que se opera em três fases: reunião do material a ponderar; pesagem individual e em relação recíproca de cada elemento do material a ponderar; e decisão.

11. Controlo jurisdicional: em geral

11.1. Interlocação entre julgar e administrar: controlo jurisdicional

O bom controlo gera boa administração; o mau controlo gera má administração. Neste sentido, importantíssimo na perspetiva da efetivação do Estado de direito, controlar a Administração é uma forma (indireta) de administrar. Por outras palavras, o bom ou mau funcionamento da Administração em tudo o que tem a ver com a correta interpretação e aplicação da lei e do direito depende em larga medida da ação dos tribunais. Confiar na Administração é bom, mas não é suficiente; controlar a Administração é melhor, e é uma exigência do Estado de direito efetivo.

11.2. Função pedagógico-cultural da sentença (“engenharia” cultural-administrativa): julgar é ainda administrar

À sentença judicial é inerente uma função pedagógica. As sentenças dos tribunais administrativos devem ser “lições de direito” dirigidas à Administração, em todos os seus aspetos. Devem denunciar e censurar, clara e objetivamente, a ilegalidade,

¹³ Ouça-se também a outra parte, para que a decisão seja justa.

especialmente as formas “dissimuladas” de ilegalidade, e apontar os caminhos da legalidade e de realização da justiça material.

12. Controlo jurisdicional: limites jurídicos

No que respeita ao controlo jurisdicional, uma primeira e importante linha de orientação a considerar consiste no facto de a Constituição e, na sua base, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais garantirem aos cidadãos, como direito fundamental, uma tutela jurisdicional efetiva. Por outro lado, o controlo jurisdicional deve ser adequado a assegurar que na prática seja plenamente eficaz a proteção dos direitos e liberdades garantida na Constituição. O cidadão tem direito à plena eficácia da proteção jurisdicional dos seus direitos e liberdades. E deste direito e do dever que a lei impõe aos tribunais resulta que, em princípio, sempre que possível e na medida do possível, o controlo deve ser pleno na perspetiva jurídico-material. Estes princípios sobrepõem-se e excluem toda a discricionariedade ou margem de apreciação que a Administração pretenda invocar sem base legal clara e objetiva; eles são limites à discricionariedade.

12.1. Controlo total da natureza do poder exercido (especialmente: verdadeiro ou falso “pode”): uma questão de interpretação da norma

Antes de mais, é importante proceder ao controlo da natureza – vinculada ou discricionária – do poder exercido, nomeadamente se estamos perante um verdadeiro ou um falso “pode”.

Ainda no controlo da natureza do poder atribuído em concreto, o tribunal deve, desde logo, controlar a eventual redução da discricionariedade a zero.

12.2. Controlo do procedimento (trifásico) do exercício da discricionariedade: reunião do material a ser ponderado; sua pesagem individual e em relação recíproca; decisão

O controlo jurisdicional das decisões tomadas no exercício do poder discricionário (tal como no exercício de poderes de avaliação) alarga-se à reunião do material a ser ponderado; à pesagem individual desse material e em relação recíproca; e à decisão em si mesma. Isto significa que o controlo incide sobre:

- Se os factos foram considerados de maneira completa e precisa.
- se as normas de procedimento e os princípios legais de avaliação foram respeitados;
- Se foram considerados aspetos estranhos.

Mas o tribunal administrativo tem ainda o dever de controlar uma grande diversidade de aspetos jurídicos fundamentais para a defesa da juridicidade, da boa

administração e do interesse público.

Assim, o tribunal deve controlar um eventual “não exercício da discricionariedade”, isto é, se a decisão se baseou no falso pressuposto de que o poder é vinculado, quando efetivamente era discricionário.

Por outro lado, deve ser efetuado o controlo do limite interno, isto é, do fim da lei de habilitação, que durante muitas décadas foi considerado o único controlo possível sob a forma de desvio de poder.

Mas não pode deixar de ser feito o controlo dos múltiplos limites externos (à lei de habilitação), tais como:

O princípio da igualdade e, no seu âmbito, a questão da auto vinculação da Administração, o seu fundamento, os seus pressupostos e os seus efeitos.

O princípio da imparcialidade, cujo controlo jurisdicional, muito nos apraz assinalar, tem registado uma importantíssima evolução positiva nos últimos anos, embora ainda não se tenha chegado à chamada imparcialidade institucional. A ideia mais importante a destacar nesta jurisprudência é a de que, para que se verifique violação da imparcialidade, já é suficiente a verificação do risco de atuação parcial da Administração. O Supremo Tribunal Administrativo é claro quando afirma que “o princípio da imparcialidade impede a criação de situações de risco de imparcialidade, independentemente de se verificar uma efetiva violação da imparcialidade”, sendo que “a demonstração da violação do princípio da imparcialidade não está dependente da prova de concretas atuações parciais”¹⁴.

O princípio da proporcionalidade, nos seus conhecidos subprincípios da aptidão, indispensabilidade e proporcionalidade em sentido estrito.

E ainda diversos outros princípios limitadores da discricionariedade, como o respeito pela dignidade humana e pelos direitos fundamentais em geral, o respeito pelos princípios de valoração que decorrem dos direitos fundamentais (como ordem de valores neles incorporada), o princípio do Estado de direito, o princípio da avaliação justa, funcional e responsável, o princípio da proibição do arbítrio, as diretivas de atuação (p. ex. no direito de planificação), as diretivas ou orientações internas da Administração de aplicação de normas ou de orientação do exercício da discricionariedade (desde que em si mesmas sejam conformes ao direito), o princípio da justiça do sistema, como p. ex. o respeito pela antiguidade, princípio da rotatividade, a igualdade de oportunidades e a proibição de exigir quando não se deu oportunidade, o princípio da imparcialidade do sistema, que exige por exemplo distanciamento (quanto a interesses) entre avaliador e avaliado, o princípio do respeito pelas regras elementares de justiça material na atribuição de prioridade (no procedimento de admissão, p. ex. prioridade para quem ainda não tem nenhuma licença de táxi na praça em relação àqueles que já têm licenças; ou prioridade para quem já espera à mais tempo), o princípio do respeito por valorações de reconhecimento geral, o princípio de adoção de critérios de justiça elementar na atribuição de um local de exposição numa feira, ou na atribuição da lecionação de uma disciplina pretendida por dois ou mais docentes ou em qualquer outro desempenho relevante para a realização profissional,

¹⁴ É nossa convicção que quando esta passagem se refere a “risco de imparcialidade”, terá querido referir-se a “risco de parcialidade”, pelo que estaremos perante um lapso.

o princípio de que a discricionariedade não pode ser um meio para contornar normas legais vinculativas, o princípio da boa fé, a proibição de um venire contra factum proprium, isto é, a Administração não deve, sem fundamento suficientemente forte, entrar em contradição com as suas declarações ou com a sua conduta tradicional, a proibição de fazer depender decisões discricionárias de fatores que com elas não estão relacionados, o princípio da suportabilidade (de ónus ou encargos, p. ex. no domínio do ambiente) da exigência imposta, o princípio da proteção das legítimas expectativas (p. ex. prorrogação de uma licença que sempre foi prorrogada e exercida sem qualquer reparo), o princípio da não simplificação das operações (com o mero objetivo de economizar trabalho ou custas, sem querer saber dos bens sacrificados ou quando estas possam reverter em diminuição das garantias dos particulares), o princípio do respeito pelas regras de jogo, ou do fair play, nos exames (que, p. ex., poderá ser violada por comentários às respostas ou mesmo gestos durante o exame por parte do examinador), o princípio da objetividade da valoração. Também são limites à discricionariedade as normas de probidade ou integridade administrativa, as normas éticas, estéticas, deontológicas ou sociais quando impostas juridicamente como códigos de conduta impostos aos órgãos e funcionários administrativos. Se em abstrato pode haver entre estes princípios alguma sobreposição, no caso concreto eles podem ganhar uma individualidade saliente que os adequa como limites jurídicos válidos para um controlo jurisdicional efetivo. É assim que, em certos sistemas jurídicos, os tribunais administrativos exercem um controlo total de noções vagas valorativas como por exemplo, ordem pública, segurança pública, idoneidade para um cargo público, aptidão de uma publicidade para afetar o desenvolvimento normal de crianças e adolescentes ou o que delimita a pornografia da arte.

13. Grelhas de apoio à decisão

13.1. Vantagens das grelhas de apoio à decisão

Nas últimas décadas, têm sido implementadas grelhas de apoio à decisão, como fundamento e limite de decisões discricionárias e de avaliação e ponderação, como garantia de imparcialidade, de proporcionalidade, de igualdade, de transparência, de objetividade, de autovinculação e de boa administração. O seu uso é recomendável a todos os níveis, desde que não sejam convertidas, de forma ardilosa, em instrumentos de injustiça material.

13.2. Um caso especial de “grelha engenhosa”

Na Administração pública, tem-se tornado frequente o recurso a “grelhas engenhosas” arquitetadas de muitas maneiras, mas, como se impõe, sempre com o intuito de encobrir a ilegalidade, mantendo a aparência de ética, legalidade, boa-fé, imparcialidade, tudo não passando, contudo, de puros exercícios de dissimulação.

Porque estamos no meio académico, e até para não cairmos na tentação de admitir que o mal está sempre nos outros (noutros domínios), escolhemos o caso, semelhante a muitos outros que têm sido apreciados pelos tribunais administrativos, de uma grelha concebida no âmbito de um concurso para professor associado.

A grelha usada é “engenhosa”, porque não passa de uma artimanha, de um ardil ou de um estratagema para violar a lei, embora (mas em vão) procure transmitir a ideia de legalidade e até de escrupulosa preocupação com a legalidade. Para melhor disfarçar os intentos malévolos, a grelha foi usada informalmente, de forma não esquematizada. Mas para denunciar e ilustrar claramente o ardil engendrado, nós próprios esquematizámos os critérios e pontuações, que assim saltam melhor à vista.

O Edital do concurso dizia:

“O concurso destina-se a apreciar o mérito da obra científica dos candidatos e a sua capacidade de investigação, o seu valor pedagógico e a sua capacidade de trabalho institucional. A estes parâmetros corresponde, respetivamente, uma ponderação de 50 %, 30 % e 20 %.”

Na sua reunião de avaliação e ordenação dos candidatos, portanto depois de conhecer os currícula dos candidatos, o júri do concurso deliberou o seguinte, ainda que não de forma esquematizada:

<p>1.º Mérito da obra científica dos candidatos e sua capacidade de investigação (50%)</p> <p>1.1. <u>Mérito científico do curriculum</u> (25%) (5 pontos)</p> <p>Qualidade e inovação das publicações (1 ponto)</p> <p>Outros âmbitos de investigação (1 ponto)</p> <p>Experiência académica e reconhecimento jus-científico (1 ponto)</p> <p>Orientação de dissertações (1 ponto)</p> <p>Participação em júris (1 ponto)</p> <p>1.2. <u>Valor científico do relatório</u> (25%) (5 pontos):</p> <p>Rigor, (1 ponto)</p> <p>Qualidade, (1 ponto)</p> <p>Actualização, (1 ponto)</p> <p>Originalidade, (1 ponto)</p> <p>Fundamentação. (1 ponto)</p>
<p>2.º Valor pedagógico dos candidatos (30%) (6 pontos)</p> <p>Valor pedagógico do curriculum vitae (15%) (3 pontos)</p> <p>Valor pedagógico do relatório (15%) (3 pontos)</p>
<p>3.º Capacidade de trabalho institucional (20%) (4 pontos)</p> <p>Participação e possibilidade de participação na vida institucional da Faculdade.</p>

Ou seja, em síntese, não expressamente assumida (talvez porque o escândalo seria demasiado evidente):

- Curriculum: 8 pontos;
- Relatório: 8 pontos
- Trabalho institucional (sem “querer saber da manifesta desigualdade de oportunidades”): 4 pontos

A equiparação do curriculum (contendo toda a investigação, obras e artigos publicados, bem como a atividade pedagógica) ao relatório (em si, por natureza, bastante limitado, desde logo quanto à possibilidade de inovação), revela uma desproporção manifesta (e chocante) com o claro intuito de “depreciar” o(s) candidato(s) com melhor curriculum, isto é, com mais publicações e mais desempenho pedagógico. O mesmo resulta da multiplicação dos itens em subitens, operada semnexo ou justificação e amplamente sobrepostas¹⁵. Uma grelha destas, aparentemente pouco inofensiva, tem, contudo, para os diretamente prejudicados a força devastadora de anular as garantias constitucionais do Estado de direito.

14. Ventos de esperança

As novas tecnologias aliadas às enormes potencialidades da computação quântica deixam antever um futuro risonho para a juridificação e a efetivação da justiça material na maior parte dos domínios tradicionais da discricionariedade e dos conceitos indeterminados, especialmente sempre que esteja em causa uma atividade – ainda que complexa e exigindo avaliação, ponderação, previsão – de avaliação, graduação e decisão de ‘escolha’ do(s) melhor(es). Estará para breve o surgimento de programas computacionais especialmente concebidos para receber e processar um leque amplo e variado de informação, cada uma com o seu significado e relevância própria. Estes programas, concebidos criteriosamente com a participação de juristas, substituirão em larga medida os procedimentos atualmente em vigor, com muitas vantagens de objetividade, transparência, celeridade e economia de meios humanos e materiais. Um modelo-base será constituído seguramente por sistemas computacionais de grelha dinâmica que, uma vez cuidadosamente concebidas, indicarão com rapidez, transparência e objetividade, qual o júri, qual o desempenho, qual o melhor candidato, qual a sanção, qual a coima, qual a indemnização, se a licença deve ser emitida ou a autorização deve ser retirada, se a obra deve ser embargada, que o edifício em ruína deve ser demolido, etc. Venha e depressa esse mundo admirável da máquina tomar o lugar do Homem! A máquina inspira-me mais confiança quando se trata de decisão objetiva, transparente, imparcial, célere, barata, eficiente. A ‘nova era’ já se iniciou: recentemente (16 e 17 de março de 2019), realizou-se o 1.º Legal Hackathon em Portugal, ao qual se seguirão outras iniciativas, num processo que não terá retorno. O mundo das Startups do direito acaba de nascer!

15. Conclusões

15.1. No Estado de direito, o poder discricionário continua a ser necessário como instrumento para a realização da justiça no caso concreto e do interesse

¹⁵ Também a não contemplação da maior antiguidade e da alegada e demonstrada falta de igualdade de oportunidades constitui uma iniquidade e uma injustiça material.

público. Trata-se fundamentalmente de um mandato de justa ponderação e decisão, considerando as circunstâncias do caso concreto e os ditames da Constituição e da lei. Como poder jurídico, o poder discricionário é essencialmente vinculado. O cumprimento do direito pela via da realização da justiça material não é para a Administração uma possibilidade, uma opção, uma liberdade, uma vontade subjetiva, mas uma obrigação, um imperativo jurídico, sob pena de responsabilidade civil, criminal, funcional e mesmo de perda de idoneidade para o cargo.

15.2. Os poderes de apreciação/avaliação são tipicamente poderes de averiguação e declaração de uma realidade (enquanto valor) existente, estando excluída qualquer discricionariedade como liberdade de escolha. Os poderes de apreciação, de conformação, de previsão, de boa administração e de boa gestão são poderes funcionais de mandato que são produto do direito e estão limitados pelo direito. Estes poderes assentam nas “regras da arte” - que parte da experiência e da ciência - reconhecidas e delimitadas pelo direito. A Administração pública, não sendo Administração Hércules, no sentido de Administração perfeita, próxima da ação divina, está juridicamente vinculada a aproximar-se quanto possível do ideal perfeito, a realizar o máximo e da melhor forma possível (princípio da otimização). Em matéria de decisões de avaliação, o controlo jurisdicional deve ser pleno sempre que no caso concreto exista padrão objetivo de avaliação, o qual toma, no âmbito de respostas a questões técnicas, o lugar da apreciação autónoma do avaliador examinador¹⁶. Na falta deste padrão objetivo, o controlo jurisdicional deve ser recuado¹⁷.

15.3. O controlo jurisdicional é controlo jurídico, que deve alargar-se a tudo o que na decisão é jurídico ou de relevância jurídica, devendo ser flexível, mas no caso concreto tão intenso quanto possível, desde que juridicamente fundado. Não há ‘zonas tabu’, ‘santuários’ onde o direito não penetra, “justiças administrativas”, “discricionariedades impróprias” e “discricionariedades técnicas” a respeitar pelo tribunal. A boa administração, a eficiência, a economicidade, o interesse público, a ética na Administração pública são hoje princípios jurídicos que, por isso mesmo, devem ser objeto de controlo jurisdicional. Na interpretação e aplicação de princípios jurídico-administrativos o juiz deve orientar-se sempre pelo imperativo da otimização. O juiz não é “juiz Hércules” (no sentido de juiz perfeito), mas deve exigir o melhor, na maior medida possível. Ao ser exigente e ao exercer um controlo tão intenso quanto possível, o juiz não usurpa o poder da Administração, mas atua como interlocutor qualificado da função administrativa, função para que também foi constituído e da forma como exerce a sua função resultará o grau da sua legitimação

16 O examinador tem de respeitar o padrão; ele não pode classificar como erradas respostas tecnicamente sustentáveis. Os tribunais administrativos devem controlar se o examinador respeitou este padrão, i. é, se ele não classificou como falsa uma observação/resposta tecnicamente correta ou sustentável (neste sentido, cf. p. ex. o ac. do Tribunal Administrativo alemão de 16.5.2016).

17 O Tribunal Administrativo Federal foi claro a este propósito no seu ac. de 22.09.2016, (in: BVerwGE 156, 148, n. m. 34), quando conclui: “O motivo do reconhecimento de uma prerrogativa de avaliação está no facto de, em regra, no domínio da proteção da natureza, estarem em causa avaliações e ponderações técnicas de especialistas da ciência e da praxis, para as quais ainda não existem padrões de concretização das normas vigentes. A aplicação da lei está, portanto, dependente dos reconhecimentos das ciências e da prática especializadas, as quais, no entanto, não se revelam (sempre) como fontes claras de conhecimento [...]. Nesta situação, os limites funcionais da jurisdição administrativa seriam excedidos, se se pretendesse exigir que o tribunal decidisse entre posições técnico-cientificamente sustentáveis. Não é tarefa dos tribunais administrativos decidir disputas científicas [...]”

no sistema democrático, pois a representação democrática não resulta apenas de um procedimento eleitoral, mas sobretudo de uma união material ao sentir e à vontade da comunidade transposta para o direito. Tanto a Administração como os tribunais legitimam-se pela forma como exercem a função.

15.4. As garantias de procedimento administrativo estão em interconexão com as garantias de processo judicial. A Constituição confere ao processo judicial (desde logo na forma de acesso à justiça) uma clara marca de proteção jurisdicional efetiva. Por conseguinte, a Constituição e a lei fazem uma exigência de conteúdo e alcance (profundidade) ao controlo jurisdicional das decisões administrativas. Esta exigência de conteúdo e profundidade, também se alarga ao controlo jurisdicional da discricionariedade administrativa. A formulação pouco determinada e pouco objetiva do procedimento administrativo (v. g. grelha engenhosa) não serve a este imperativo de Estado de direito. Ao procedimento administrativo devem ser feitas exigências (em última instância pelo tribunal) tanto maiores em sede de objetividade, clareza e transparência, quanto menos os tribunais puderem controlar no caso concreto, quanto ao conteúdo e à profundidade, as decisões administrativas (sejam ou não qualificadas de discricionárias, envolvam ou não avaliações, conformações, prognoses, deveres de boa gestão). Quanto à ponderação do tribunal, não tem fundamento a ideia, muitas vezes sustentada (R. ALEXI), de que a ponderação permite aos juizes imporem os seus pontos de vista políticos e ideológicos, usurpando dessa forma o poder legislativo. Pela argumentação da fundamentação, os tribunais conferem racionalidade às sentenças e provam a legitimidade do seu controlo. A criatividade do tribunal na aplicação de princípios é muito maior do que na aplicação de normas positivas da lei. Ali há mais espaço e necessidade de criação e desenvolvimento de um direito jurisdicional. Se a legitimação do controlo do tribunal decorre do modo como ele exerce a sua função, então isto implica controlo pela crítica da atuação da Administração pública. A fundamentação racional das sentenças é o lastro da legitimação da função jurisdicional. No Estado de direito, a legitimidade da jurisdição decorre da sua compreensão e aceitação como “representação do direito”, no quadro de um sistema de justiça efetiva. Mais do que usurpador de funções (legislativas e administrativas), o tribunal é interlocutor qualificado do legislador e da Administração. À exigência de racionalização e de fundamentação argumentativa racional, associa-se uma exigência de correção do raciocínio jurídico.

15.5. Como critério de controlo jurisdicional continua a valer o princípio segundo o qual quanto maior for o risco e o grau de intensidade de ingerência num direito (especialmente no direito fundamental) e quanto mais relevante for o bem jurídico atingido (vida humana, direito de personalidade, etc.), tanto mais intenso deverá ser o controlo jurisdicional¹⁸ e a exigência de objetividade e de plausibilidade da fundamentação. O núcleo essencial dos direitos fundamentais marca o limite da sua suscetibilidade de restrição e a base da sua harmonização em concordância prática.

18 O Supremo Tribunal Administrativo de Munique deu um exemplo neste domínio ao exercer um controlo total no seu ac. de 23.3.2011 (in: NJW 2011, 2678, 2681, caso “Quero uma cara famosa”), em que concluiu: “Não há margem de avaliação da Comissão para a Proteção dos Jovens nos Media (KJM- Jugendmedienschutz) quanto à questão de saber se é provável que as ofertas publicitárias sejam aptas a afetar o normal desenvolvimento de crianças e adolescentes.”

Esta harmonização, por ponderação, é a única forma de não eliminar alguns direitos fundamentais em detrimento de outros.

15.6. É urgente uma mudança cultural da Administração pública portuguesa no sentido da assimilação do poder administrativo como poder funcional, como cumprimento do dever, como responsabilidade. Quem não administra para servir, não serve para administrar. Por outro lado, a justiça material faz-se pela conquista diária de pessoas nela empenhadas. Por isso, as Faculdades de Direito devem transmitir não só saber e conhecimento jurídicos, mas também formar o carácter dos futuros juristas quanto aos valores fundamentais do direito, como compromisso com a verdade, com a justiça material, com a responsabilidade cívica, perante a sociedade e perante a natureza (meio ambiente), juristas que se libertem pelo cumprimento do dever, juristas de alto a baixo, juristas de corpo inteiro e de andar direito. As Faculdades de Direito devem contribuir para a realização de uma sociedade justa formando adequadamente os seus alunos na dupla dimensão: enquanto técnicos do direito (advogados, juízes, consultores, investigadores, professores) e enquanto juristas íntegros e dispostos a lutar permanentemente pela justiça material.

15.7. O controlo jurisdicional deve ser juridicamente pedagógico para a Administração (e para os tribunais inferiores), fazendo exigências de mudança de atitude e de paradigma, contribuindo para uma cultura da Administração de observância da lei e do direito, de cumprimento do dever funcional (a “verdadeira liberdade”), de total transparência, isenção e imparcialidade. Pela via de um controlo intenso e pedagógico, orientado pelos novos paradigmas jurídico-culturais, julgar é ainda administrar. Ao exigir a justiça material, sempre e em toda a parte, o Estado de direito colocou o tribunal administrativo como último responsável pela interlocução entre legislar, administrar e controlar: controlando, o tribunal corrige a lei e integra as suas lacunas, corrige a Administração e faz imperar a justiça material.

As ideias aqui sustentadas e as propostas feitas não excluem a dúvida permanente e a provisoriedade que caracteriza a ciência jurídica. Estando ciente da possibilidade de errar, procurei mesmo assim que esta reflexão trouxesse algo de novo, pudesse ser um contributo válido para a melhoria do sistema atual com vista a um Estado de direito mais efetivo e a uma sociedade mais justa. Prefiri o risco de errar à acomodação às teses tradicionais e comumente aceites, mas que não se têm revelado como soluções credíveis, lógicas, sensatas e sobretudo capazes de materializar a necessária justiça no caso concreto.

O meu muito obrigado pelo tempo que tomei ao leitor!

Bibliografia

GERN, A., “Die Ermessensreduzierung auf Null”, DVBl. 1987

HÄBERLE, Peter, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970

SOUSA, A. F. de, A discricionariedade administrativa, Lisboa 1987

SOUSA, A. F., “Conceitos indeterminados” no direito administrativo, Coimbra 1994