

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONTROLO JUDICIAL

ROGÉRIO GUILHERME EHRHARDT SOARES

Em todos os tempos os homens procuram obter garantias que os ponham a coberto do arbítrio do poder. Na nossa civilização europeia continental, porém, é principalmente em face de uma das manifestações da actividade pública que se voltam as preocupações mais sentidas. Se por facilidade de exposição quisermos utilizar o esquema tripartido corrente — apesar das suas deficiências no enquadramento do Estado moderno —, veremos que é o Executivo que representa o mais vivo tema de preocupações.

As causas disso podem ir buscar-se em épocas muito recuadas. Na Idade Média, a tarefa de definição do direito em sociedades que vivem fundamentalmente sob uma regra consuetudinária parece pouco permeável à soberba dos governantes. O direito não é objecto feito por um homem que quisesse pô-lo ao serviço dos seus interesses: é qualquer coisa imanente à própria comunidade, quando não mesmo suporte duma especial transcendência. Não será portanto por este lado que os homens sentem receio das tentações do poder.

Nem o será também do lado do juiz, que se supõe há de limitar-se a aplicar cuidadosamente o direito.

Definição abstracta do direito ou applicação dele nos feitos em juízo não apresentavam, assim, envolvimento pessoal que pudesse comprometer a isenção e racionalidade das decisões.

Os perigos haviam de surgir onde o poder fosse verdadeiramente poder, isto é, onde fosse vontade; vontade de resolver problemas concretos da comunidade. Aí sim, aí estavam os homens de carne e osso, com todas as suas cobiças e paixões. João Sem Terra peca verdadeiramente só por ser usurpador — o violão da história é o *sheriff* de Nottingham.

Todo este complexo de angústias se vai agravar quando a modernidade inventa para a Europa continental a figura do Estado. Agora o súbito deixa de poder dialogar com pessoas físicas, cada uma com a sua carteira de privilégios, mas participantes como ele na vida da comunidade. À sua frente uma *construção*, um objecto ideal que dificilmente compreenderá e qu vê ir absorvendo todas as manifestações do poder. O indivíduo não se confronta agora com um novo poder mais forte e atrevido, mas pura e simplesmente com o *poder*. E os seus receios transformam-se em ressentimentos. Ressentimentos que, nesta altura com dobradas razões, se canalizam de novo contra o administrador.

Não será de estranhar que movimentos revolucionários do começo do século XIX continuem a dar guarida a estas emoções. É o Executivo, como agora se diz, quem vai herdar toda a carga de suspeitas contra o Estado. Não importa quem corporiza esse poder. Mesmo no caso em que ele não assenta numa cabeça coroada, o Executivo continua a recordar as actividades das épocas anteriores e a constituir a “bête noire” do sistema público. Mas agora jogam nesse sentido dois novos factores:

— por um lado a fixação do Legislativo em parlamentos atribui-lhe uma legitimação democrática que o põe a coberto de suspeitas. O parlamento é um condensado da Nação. E a Nação representada na assembléa não pode errar;

— por outro lado, numa época como essa, dominada por uma concepção racionalista, os parlamentos surgem como o veículo pelo qual a comunidade se põe em contacto com um mundo de regras absolutas, universais e imutáveis. Pelo que, mais uma vez, não seja pensável atribuir a qualquer instância o controlo

da actividade legislativa (o que só acontecerá nos nossos dias).

Quer dizer, a actividade legislativa está sujeita a um auto-controlo, a uma simples revisão pelo parlamento. E, por um processo de semelhança, a independência do judicial conduz a um recurso dentro do próprio sistema para um degrau superior de jurisdição.

Diferentemente para a Administração vamos encontrar, sobrepondo-se ao controlo interno em via de reclamação graciosa ou recurso hierárquico uma nova garantia de reapreciação para órgãos quase jurisdicionais ou verdadeiramente jurisdicionais. Está criado o recurso contencioso.

Todavia todo este sistema tem de compatibilizar-se com o regime da separação dos poderes, recebido nesse momento como dogma do Estado contemporâneo. E sendo assim, tem de assegurar-se ao poder Executivo um espaço de manobra em face dos outros poderes e, particularmente, do poder judicial. Para que o juiz não vá, no controlo da Administração, colocar-se na veste de administrador e realizar uma segunda administração — com atentado ao princípio da separação dos poderes — há de ter-se o cuidado de se lhe deixar apenas a verificação da legalidade dos actos administrativos.

O legislador dita normas que valem para o juiz e para o administrador e é para saber se os actos administrativos se conformam com a lei que o juiz do contencioso intervém.

Tudo isto é sabido. Atrevi-me, porém, a recordar estas noções apenas porque, para além de comporem o quadro sistemático das relações entre poderes, elas explicam uma nebulosa de sentimentos que acaba, com frequência, por influir sobre a solução dos problemas que aí se levantam.

Sabe-se que há leis celeradas — mas o legislador tem força para as substituir. Conhecem-se sentenças iníquas — mas o sistema dos tribunais é capaz de as rever. Há actos administrativos inaceitáveis — mas já não se confia na capacidade da organização administrativa para os modificar ou revogar.

Não se entenda mal o que quero dizer. Não estou a sugerir a abolição do sistema do recurso contencioso em homenagem ao princípio da separação dos poderes. Apenas estou a indicar que na organização dos poderes do Estado moderno há mecanismos de controlo que uns para os outros obedecem a idéias diferentes. E que, se isso pode ser conveniente, não é todavia fruto de exigências lógicas. Como o demonstra o controlo da Administração pública nas extintas democracias populares, que, apesar de se chamar ainda recurso contencioso, era apenas um recurso hierárquico. A assunção de que o sistema administrativo estava ao serviço do povo explicava que ele no seu todo não pudesse errar, e que os desatinos fossem naturalmente afastados pelos degraus superiores da organização.

O que quer dizer que a organização dos controlos obedece a um conjunto de opções, ou, se preferimos, à mitologia política dominante numa dada época. E o que eu desejaria aqui acentuar é que, se a organização dos controlos jurídicos sempre exprime um conjunto de opções, frequentemente elas vêm a transformar-se em estados neuróticos. Situações particularmente incômodas quando elas repitam imagens do inconsciente colectivo que gradualmente deixaram de corresponder à realidade.

Estabelecido o sistema no princípio do séc XIX, tudo então parecia simples: o legislador faz as leis que a administração tem de aplicar. Os tribunais de contencioso vigiam o cumprimento das leis pela Administração.

Neste quadro a Administração tem uma dimensão executiva. É nem mais nem menos do que a lei traduzida em concreto. O que fica ao tribunal é saber se o administrador reconheceu a lei e encaixou nela justamente a realidade do caso.

Só que as coisas não são assim tão simples.

Em primeiro lugar não entra neste esquema o facto de que uma boa parte da actividade do complexo organizatório administrativo se move nesta altura num mundo em que não é possível estabelecer contacto com as esferas jurídicas dos particulares e que, duma forma relativamente grosseira, se designa como actividade interna. Que a Administração decida

sobre os uniformes dos asilados numa instituição de assistência tal não implica nada com direitos dos particulares. E percebe-se que não foi para isso que se criou o sistema do contencioso.

Por outro lado, durante largos anos, a actividade da Administração irá, de acordo com o clima de liberalismo económico dominante no séc. XIX, mantendo uma actividade modesta e apagada. Só à medida que novas exigências da política solicitam uma mais intensa intervenção do Executivo é que os problemas da delimitação da área que fica aberta ao contencioso se tornam verdadeiramente agudos. A solução deles vai ser em boa medida o mérito da teoria do acto administrativo, que aqui apenas mencionamos.

De toda a maneira continua a haver uma área de actuação livre da Administração e outra subordinada à lei, onde o sindicato jurisdicional funciona.

Rapidamente, porém, se tomou consciência de que, mesmo na área da Administração legal, há juízos *dentro* do acto administrativo que constituem matéria reservada do segundo poder. Em face de circunstâncias cada vez mais complexas na vida administrativa, a lei tem de reconhecer a necessidade de deixar ao administrador uma faculdade de adequação à realidade, que se traduz no encargo de encontrar ele mesmo as soluções. Estamos, como é sabido, perante a *discricionariedade administrativa*.

Com isto se abriu um permanente litígio entre a Administração e o Judicial. Aquela, desejosa de atribuir à parte substancial dos seus actos a característica da discricionariedade e de assim resistir ao controlo jurisdicional; os tribunais, guardiões da legalidade, envidando todos os esforços por encontrar uma interpretação do texto que reduza ou anule a margem de independência do administrador.

Neste jogo de reivindicações contrárias, parecia, nos meados deste século, ter-se chegado a uma base de entendimento suficientemente pacífica: a de que a discricionariedade traduzia uma escolha consciente do legislador, que, reconhecendo a inconveniência em fixar em termos gerais a solução para uma

certa hipótese, remetia para o administrador o encargo de a encontrar.

O esquema do acto discricionário era sempre este: verificadas tais circunstâncias, que indicam a existência dum interesse público real, o agente tem de escolher entre a solução A ou a solução B.

Claro que a escolha alternativa entre os meios idôneos para a satisfação daquele interesse público poderia comportar vários termos. E então a decisão teria que ser entre A, B e C, ou tendendo para infinito, de ser a de melhor solução entre todas possíveis.

Aconteceu, porém, que a aceitação da fórmula de que a discricionariedade se exprime sempre na escolha entre soluções alternativas facilmente se converteu no axioma de que a discricionariedade há de surgir necessariamente no lado da estatuição do preceito legislativo. A hipótese recolhe as condições em que deva ter lugar o acto administrativo, ou seja, fixa os pressupostos do acto. Então aí não se compreenderia que se deixasse ao agente qualquer liberdade, pois isso iria significar que nas suas mãos fosse ficar a decisão sobre se estava constituído o seu dever de actuar. Dar ou não por verificados os pressupostos, sem sujeição a controlo judicial, era qualquer coisa que parecia impensável no sistema. Assim, até o fim da Segunda Guerra tinha-se comumente por assente que previsão e estatuição constituíam compartimentos fechados e que só no segundo se podia encontrar discricionariedade.

Mas, repare-se, é também entendimento comum o de que a discricionariedade é uma peça necessária do sistema. É uma maneira pela qual o legislador fica apto a melhor cumprir a sua função. Colocado perante uma situação hipotética de contornos dificilmente determináveis, o legislador, em vez de prever uma solução que corresse o risco de ficar desajustada à realidade da vida, deposita confiança no administrador para que ele, caso a caso, encontre o melhor meio de satisfazer o interesse público.

Estava descoberta a fórmula que permitia assegurar a manutenção da legalidade, sem comprometer as exigências

duma substancial realização do interesse público. Abriam-se à Administração *lacunas intralegais* que só ela saberia preencher, desde que se dispusesse a agir segundo as regras da sua arte. O controlo da qualidade da solução, ou seja, do *mérito* do acto, ficaria pois vedado ao juiz. Ao seu alcance estava apenas, como se dizia numa fórmula simplista, a verificação da *legalidade*: ou seja das prescrições legais em sede de pressupostos; ou daquelas, em sede de conteúdo, que ficassem aquém da discricionariedade.

Ainda não se tinha gozado a relativa tranqüilidade desta trégua quando as condições que se estabeleceram depois da Guerra tornaram claro que muita coisa estava mudando subrepticamente desde há várias décadas, mas agora era meridianamente indiscutível.

A estrutura e as funções do Estado estão alteradas. A Administração abandona o estatuto de Gata Borralheira, com a tarefa servil de ser apenas simplesmente executiva, isto é, de pôr em concreto as palavras da lei, para se tornar no poder que dá sentido à ânsia do Estado de constituir e manter uma sociedade mais justa e equilibrada. O poder público que está em toda a parte é fundamentalmente o poder da Administração: o Estado dá pelo nome de Estado-Administrador.

Goste-se ou não, é essa a realidade. Mesmo nas soluções mais ferozmente neoliberais, o volume e a importância das tarefas da Administração nada têm a ver agora com a antiga Administração, pachorrentemente preocupada com a boa ordem das feiras e mercados ou com a segurança dos lugares públicos.

Todavia não foi apenas na *dimensão* que o segundo poder mudou. Ele obteve ainda a legitimação democrática que lhe faltava. Apesar de as fórmulas continuarem a ser as mesmas do princípio do século passado, o sentido das eleições gerais inverteu-se. É certo que continua a perguntar-se ao eleitor quais os deputados que ele deseja; mas ele, fazendo-se de desentendido, ou entendendo bem demais, responde com a adesão a um programa de Governo que lhe fora sugerido. Todos os dias o ci-

dadão pesa menos as qualidades pessoais do seu eleito, de que talvez nunca tenha ouvido falar e que só vê em efígie nos cartazes da propaganda. O que lhe interessa é decidir-se por uma política, representada por um potencial chefe de governo. As eleições são cada vez mais plebiscitos sobre futuras Administrações para as quais os deputados funcionam com títulos em carteira que garantam a sobrevivência dum governo.

Ora estas radicais mudanças naturalmente têm de assegurar à Administração uma postura diferente no esquema da separação de poderes. Ela irrompe agora como um poder independente, com a sua tarefa própria a cumprir na nova sociedade que está criando. Porque é assim, não pode este estado de coisas deixar de influir na tônica das relações entre o administrador e o juiz. Relações que se complicam extraordinariamente. É que o legislador vai ter agora de ocupar-se com a regulamentação de áreas que até hoje considerava insignificantes ou fora do seu campo de acção. Isto verifica-se particularmente na Administração de prestação, sem dúvida a área mais importante nos nossos dias. Só que as novas leis não seguem o modelo tradicional, pensado para uma Administração executiva. Não podem ser a figuração abstracta, até ao milímetro, do que irá ser cada um dos actos administrativos, que apenas lhe acrescentem tempo, lugar e destinatário concretos; não podem ser leis acto administrativo feito nas nuvens, à espera de que o administrador as puxe à Terra. Nestes novos domínios o papel da lei é o de ser um instrumento director e ordenador duma decisão que cabe ao segundo poder. Numa compreensão moderna da fórmula da separação dos poderes, o sentido da Administração é o da instância privilegiada para encontrar no caso concreto o equilíbrio indispensável entre a multidão de interesses conflitantes.

Claro é que tudo isto há de multiplicar as zonas de indefinição, os espaços em branco — e pôr assim em novos termos a questão da discricionariedade. O que naturalmente quer dizer: multiplicar as hipóteses de conflitos entre Administração e Jurisdição.

O juiz normalmente não se apercebe do que mudou na

posição do Executivo. E — se bem que na sua regedoria se arrogue cada vez mais uma ampla independência em face da lei — continua, no que toca à Administração, a vê-la apenas na sua dimensão executiva. Para ele um acto administrativo continua a não ser mais do que a lei posta em concreto. E, sendo assim, é natural que só se sinta satisfeito consigo mesmo e de consciência tranqüila quando tenha podido ir até ao ponto de verificar se a decisão do administrador reproduziu fielmente a imagem querida pelo legislador; entende-se, a imagem querida pelo legislador, segundo a captação que ele, juiz, veio a fazer.

É, todavia, desculpável que o judicial mantenha estes entusiasmos quando podemos ter notícia de que na doutrina alguns fariseus do Estado de direito (felizmente poucos) se obstinam em não ver o que mudou no Estado contemporâneo e continuam a perceber o regime da legalidade como a subordinação servil e pedestre da Administração à Lei. Para eles Estado de Direito está definitivamente cumprido quando a Administração tiver a sua conduta pautada milimetricamente. Estes representantes da neurose antiadministração não conseguem compreender que a idéia do Estado de Direito não significa a instauração dum pan-legalismo formal, mas o empenhamento completo do Estado, através dos seus três poderes, na realização dum ideal de dignidade da pessoa humana. E que, assim, dar à Administração condições para resolver os complexos problemas dos nossos dias é ainda fomentar o Estado de Direito.

Quando se não consiga perceber isto, então a discricionariedade aparece como um vício do sistema, uma sobrevivência do absolutismo do séc. XVIII! Logo, uma heresia, que, numa nova cruzada dos cátaros, vamos extirpar!

Hoje são raros os que abertamente sustentam estas posições ultrapassadas. Mas o *pathos* de desconfiança atávica contra a Administração não se extinguiu e vai influenciando a solução dos problemas cada vez mais complexos da discricionariedade.

Não podemos aqui pretender dar um apanhado do que nestes últimos quarenta anos se tem escrito sobre a matéria. Nem o tempo, nem a paciência do auditório mo consentiriam. Limitamo-nos a referir uns poucos pontos mais salientes na abundantíssima produção sobre o tema. Correndo naturalmente o risco que se insinua em qualquer escolha.

A primeira dificuldade surgiu da verificação de que, perante as já aludidas complexidades de conformação da sociedade moderna, o legislador utiliza prodigamente *conceitos indeterminados*. Os que verdadeiramente merecem esse nome são conceitos de limites esfumados, que apresentam uma zona nuclear de grande densidade, da qual se passa imperceptivelmente para áreas cada vez mais voláteis. Se na zona central esses conceitos têm uma significação irrecusável, à medida que nos afastamos dela vamos ter uma dificuldade crescente em afirmar de forma categórica que um certo objecto se lhes refere. São conceitos do tipo “perigo grave”, “relevantes qualidades”, “satisfatória cobertura sanitária”, etc.

Como o maior número destes conceitos aparece localizado na hipótese da norma e a hipótese era, no pensamento comum desse tempo, a parte necessariamente vinculada, então a jurisprudência viu aí motivo para estender o seu controlo sobre o modo como o administrador tinha aplicado o conceito impreciso. No entendimento do juiz, o que aí estava em causa era apenas a *interpretação* do comando legal; e isso é inquestionavelmente tarefa de juiz.

A breve trecho, porém, começou a questionar-se se em situações destas não estaria a consentir-se ao juiz que, a pretexto duma interpretação, fosse entrar em domínios onde deveria reger a sabedoria e a experiência do administrador. Ou seja, começou a ver-se nesses casos possíveis temas para a discricionariedade.

É nesta altura que surge uma construção que desperta logo vivo entusiasmo. Refiro-me à doutrina da margem de apreciação, de Bachof, um lugar comum nas referências doutrinárias desde 1955. Em resumo é isto: como se trata da aplicação dum preceito legal, isso põe um problema de interpre-

tação, que, ninguém discordará, cabe ao juiz. Ele tem de encontrar em termos abstractos um conteúdo que sirva à lei, e isso há de naturalmente abranger o conceito impreciso. Se, por exemplo, a lei diz que não se pode autorizar a abertura de casas de saúde quando já exista uma conveniente cobertura sanitária por estabelecimentos desse tipo, e por hipótese foi deferido um pedido nesse sentido, então o juiz que venha a ser chamado a decidir um recurso tem de interpretar a lei, e fá-lo-á, dizendo qualquer coisa como isto: não podem ser autorizados novos pedidos se na área houver estabelecimentos hospitalares privados em número e com a qualidade exigida pelos actuais padrões da ciência, e que satisfaçam a procura de doentes que não ocorre aos hospitais públicos. Cabe ao juiz saber se o administrador interpretara assim.

Mas continua a doutrina: há, porém, um outro problema, o da subsunção. Aí o agente tem de avaliar se o que existe na realidade corresponde ou não ao quadro que pode ser fixado pela interpretação. Ora a solução deste problema exige a experiência e os conhecimentos que só a Administração possui. Por isso tem de deixar-se uma margem de avaliação cujos limites externos coincidem com a interpretação. Dentro dessa margem o juiz nada tem a dizer. Se, por exemplo, o agente interpretou como o juiz o fará e se depois se baseou em que, apesar de existir um grande número de casas de saúde, elas tinham equipamento obsoleto e pessoal incompetente — o que só ele sabe verdadeiramente apreciar — e desse modo não correspondiam às exigências legais da “conveniente cobertura sanitária”, então o acto é inatacável, ainda que um juiz com pretensões a administrador pensasse diferentemente.

Esta construção não vê aqui um caso de discricionariedade, que, de acordo com as idéias dominantes no tempo, só poderia surgir na parte dispositiva do preceito, mas qualquer coisa de diferente, que naquela margem punha um obstáculo ao controlo judicial.

O curioso é que, se a tese da margem de apreciação suscitou um entusiasmo que a mantém viva até aos nossos dias,

ela foi encontrar “orelhas moucas” na jurisprudência, principalmente no país de origem, a Alemanha. De qualquer modo, neste meio século a teoria da discricionariedade viveu obcecada com o problema dos conceitos imprecisos, lidados desta forma ou de muitíssimas outras. A verdade é que, não obstante tentativas compromissórias do tipo da tese da margem de apreciação, ou mesmo de outras construções que directamente os ligam à discricionariedade, eles forneceram um bom expediente, para a pretexto duma interpretação da lei, conduzirem a um controlo total por parte do juiz.

No entretanto foi-se pondo em relevo que para além das situações indicadas — discricionariedade (na estatuição) e conceitos imprecisos (na hipótese) — havia um volumoso grupo de situações em que se pedia ao agente que avaliasse a qualidade de pessoas ou coisas segundo padrões científicos ou artísticos de que ele detinha o monopólio. E gradualmente, sem se ter a coragem de afirmar aí a existência de discricionariedade — porque não se realizava uma escolha alternativa — todavia acabava por reconhecer-se ao agente uma prerrogativa de avaliação ou uma discricionariedade técnica. A dificuldade estava em encaixar essa margem de manobra da Administração num esquema coerente, que não deixasse o administrador na situação de beneficiário duma graça ou condescendência do juiz.

É a solução desse problema que se vem tentando hoje de diversas maneiras.

Parece que começa a triunfar um ponto de vista segundo o qual se não deve continuar a pedir aos conceitos imprecisos que sejam uma categoria necessária na compreensão da liberdade do agente. Eles poderão ser um processo literal que o legislador use para exprimir a situação de indeterminação que o agente é chamado a precisar, mas não são em si mesmos o corpo da indeterminação. Portanto, *abandono dos conceitos imprecisos como chave para a compreensão da discricionariedade.*

Por outro lado está obtendo grande aplauso a construção segundo a qual as situações de indeterminação ou de margem de liberdade se traduzem afinal sempre num juízo de prognose que o legislador confia ao agente. A maior dificuldade do legislador na direcção da actividade administrativa moderna está em, depois de ter pensado numa determinada situação da vida, conseguir prever como ela se desenhará no futuro. Ora a experiência e a preparação técnica da Administração e a sua colocação em contacto directo com a realidade permitem-lhe dominar mais facilmente essa tarefa.

Se isto for assim, teremos uma primeira categoria de juízos que uma doutrina específica chama prognoses isoladas. Trata-se das aludidas situações em que se tem de decidir sobre a aptidão de pessoas, coisas ou situações para produzirem um resultado — muito embora a fórmula seja hoje mais compreensiva do que a da prerrogativa de avaliação. Nestes casos pede-se directamente que o administrador preveja o futuro segundo esquemas de compreensão particulares. Pede-se-lhe que anteveja como uma pessoa vá integrar-se num serviço, como uma obra de arte vá corresponder às necessidades futuras dum museu, como uma tendência patológica da sociedade vá degerar em danos irreparáveis.

Em segundo lugar temos uma categoria de juízos que significam escolhas tendentes a solucionar conflitos de interesses, segundo uma atribuição de meios a fins. Ou seja estaremos aqui na discricionariedade tradicional da opção alternativa entre várias soluções. Só que agora vista sob a perspectiva duma prognose — prognose em sentido amplo.

Finalmente temos outro grupo de situações nas quais vamos encontrar uma indeterminação no domínio da situação de facto acoplada a uma indeterminação na escolha dos meios — aquilo a que se chama *preceitos copulativos*, de que são modelo os preceitos de defesa contra um perigo.

Esta nova posição traz como consequência o abandono definitivo do dogma de que discricionariedade é apenas discricionariedade de estatuição. Aliás já se vinha desde alguns anos pondo a claro que a separação entre hipótese

e estatuição tinha um sentido meramente relativo e que a colocação dum conceito de um lado ou doutro dependia em grande medida do gosto literário do legislador. Mas hoje torna-se claro que a aplicação do preceito legislativo obriga à compreensão da situação de facto em conjunto com o resultado que o legislador pretende obter. Decidir sobre se uma situação de epidemia é “grave” implica identificar no amontoado da situação de facto aqueles interesses que só têm sentido se relacionados com os meios de que o legislador quis dispor — quer ele os tenha expressa e concretamente definido, quer, no caso dum conceito copulativo, os tenha ainda deixado à escolha alternativa do agente.

Estas correntes mais modernas obrigam, todavia, a resolver ainda um problema suplementar. Dizer que o legislador quis abrir zonas de incerteza para permitir o funcionamento da capacidade de adequação à realidade não responde à pergunta, que é fundamental, sobre se os juízos do administrador são definitivos, ou podem ser repensados pelo tribunal.

Creemos que a resposta não deve ser dada com o uso de uma fórmula simplista, como a do máximo controlo possível, ainda envenenada de receios ancestrais, mas com uma honesta ponderação sobre se naquele tipo de casos devemos aceitar que o legislador tivesse confiado até o fim na arte administrativa ou se, pelo contrário, para aqueles problemas, deixou ainda a última palavra reservada para o juiz.

Desde logo ficam de fora da sindicância as escolhas directas de meios para fins. Os outros casos corresponderão a uma abertura discricionária, a menos que o legislador o diga abertamente, ou a decisão se apóie em padrões que a comunidade não pode confiar ao uso exclusivo da Administração. É o que se passa fundamentalmente quando estão em jogo problemas éticos. Aí, o tribunal é o órgão com maior sensibilidade para exprimir as valorações da consciência colectiva. Se se trata da aplicação dum preceito que impõe à polícia apreender escritos que ofendam a moral pública ou contribuam para a perversão

de menores, a prognose isolada do agente não se escuda no monopólio da competência administrativa. O tribunal, intérprete da sensibilidade moral da comunidade, poderá discordar da avaliação feita e anular o acto.

Ao fim disto tudo podemos concluir que o campo da discricionariedade se alargou. Nem já é preciso inventar situações que escapavam ao controlo judicial, ou que o juiz podia teoricamente conhecer mas por prudência devia abster-se de julgar, e que, “todavia, não eram discricionariedade.” Como o bicho que tinha dente, tinha garra, tinha urro, tinha cheiro de leão, mas não era leão...

Mas dizer que o campo da discricionariedade se alargou não deve ser motivo para alarmes nem choros de carpideiras. Reconhecer que há novas discricionariedades não quer dizer que se consinta à Administração a via do arbítrio. Se os resultados da escolha administrativa não podem ser discutidos em si mesmos, todavia o processo de decisão — ou seja o modo por que o agente deu cumprimento à sua tarefa de bem administrar — está cada vez mais sujeito a apertados cânones, que vão desde preceitos constitucionais a simples regras procedimentais. Mas isso agora seria uma outra história...

Uma conclusão podemos tirar de tudo o que ficou dito: sem atropelos do papel que o princípio de separação de poderes reserva à Administração, sem cedências às obcecações antiadministrativas, estaremos hoje em condições de ter maiores garantias contra os abusos que em épocas passadas.

No fim de tudo, este público tão paciente só se lastimará de que, depois de tanto sofrimento, não tenha conseguido obter uma defesa contra a pior discricionariedade — a discricionariedade do palestrante.