

O mérito, esse objecto jurídico não identificado

Colaço Antunes

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

SUMÁRIO: 1. O problema do problema; 2. Da discricionariedade discricionária à discricionariedade não discricionária; 3. A Escola de Viena: interpretação e discricionariedade administrativa; 4. Hermenêutica, legalidade e mérito; 5. Ideias finais.

I. O PROBLEMA DO PROBLEMA

É de mediana clareza a exemplaridade da experiência germânica num domínio tão espinhoso do direito administrativo como o da discricionariedade^[1]. O problema maior da discricionariedade administrativa e do seu resultado (que já iremos ver qual seja) é o respectivo controlo jurisdicional, perspectiva de fundo claramente dominante na doutrina e jurisprudência alemãs, ainda que tenha ficado isolada a tese de quem defende a inexistência, na decisão individual e concreta, de qualquer âmbito discricionário subtraído ao pleno controlo jurisdicional^[2].

[1] Se bem que tudo parece ter começado com EDMUND BERNATZIK (*Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Wien, 1886), o direito administrativo austríaco não apresenta diferenças dignas de nota em relação ao modelo germânico. Cfr., por todos, M. BULLINGER, “Verwaltungsmerkmale im modernen Staat”, in *Landesberichte und Generalbericht der Tagung für Rechtsvergleichung*, Baden-Baden, 1985, p. 131 e ss. Depois de MUSIL (no seu majestoso *O Homem sem Qualidades*), sabemos que, frequentemente, as piores obras se inspiram nos melhores modelos. Estamos, por isso,

avisados, como avisados ficam os nossos leitores menos avisados.

[2] H. RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre. Verwaltungsnorm und Rechtsverhältnis*, Tübingen, 1965 (2.ª ed. 1991), pp. 195 a 201.

[3] O tema da intensidade do controlo jurisdicional marca sempre presença no debate doutrinário na Alemanha. Cfr., entre outros, F. OSSENBÜHL, “Gedanken zur Kontrollsdichte in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung”, in in B. BENDER / R. BREUER / F. OSSENBÜHL / H. SENDLER, *Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Konrad Releker zum 70. Geburtstag*, München, 1993, p. 57.

[4] Afastamos, como se notará mais adiante, a ideia, muito comum entre nós, de que a jurisdição administrativa (os Tribunais) não controla o mérito da acção administrativa, remetendo o “mérito” para o campo do não-Direito, das regras não jurídicas de boa administração (conveniência, oportunidade, eficiência, economicidade...). Se assim fosse, na verdade, o juiz administrativo não poderia fiscalizar a actividade discricionária da Administração, que teria que ver com o mérito (da actividade administrativa). Só controlaria o exercício do poder discricionário, mas já não o seu resultado – o mérito. Se é jurídico o exercício do poder administrativo, não faz sentido que o não seja (também) o seu resultado. Julgamos que este posicionamento doutrinário (e jurisprudencial) assenta, entre outros factores, numa distinção rígida e positivista entre *legalidade imediata* e *legalidade mediata*, mais conhecida por *juridicidade* (da acção administrativa), conduzindo inevitavelmente à

O ponto de partida e a ideia de fundo da doutrina alemã permanece o princípio da tutela jurisdicional efectiva no confronto com toda a actividade administrativa, inclusive aquela de natureza discricionária.

É igualmente certo que o debate dogmático evoluiu a partir da década de cinquenta-sessenta, para dar conta que o legislador renuncia crescentemente a ditar uma disciplina detalhada e precisa da actividade administrativa. Sobressai então a convicção de que o controlo jurisdicional efectivo e pleno sobre o facto e os pressupostos do acto deve sofrer algumas limitações. O juiz administrativo, ao confrontar-se agora com um acto unilateral de autoridade de contornos discricionários, ganha consciência de que tem de resolver um problema novo, o da intensidade do controlo jurisdicional, sob pena de invadir a esfera reservada da Administração^[3]. Apesar da relevância dos princípios do Estado de Direito e da separação de poderes, a reflexão jurídica de inspiração alemã começa a admitir, ainda que a título excepcional, uma limitação da tutela jurisdicional.

Se nos é permitido avançar uma hipótese explicativa, creio que tal se deve, entre outros factores, à dificuldade de compreender a relação entre discricionariedade administrativa (propriamente dita) e mérito^[4]. Este problema é comum a toda a doutrina administrativa europeia, inclusive à doutrina portuguesa.

Sem a mínima pretensão de oferecer uma solução a este tormentoso problema, que perdura há mais de um século, limitar-me-ei a avançar uma simples proposta hermenêutica que submeto ao juízo crítico do leitor^[5].