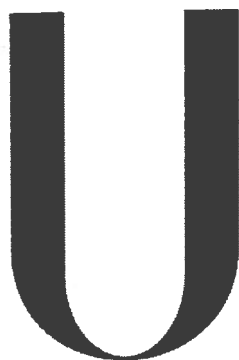


UNIVERSIDADE DE LISBOA

Faculdade de Direito



LISBOA

UNIVERSIDADE
DE LISBOA

Proporcionalidade e discricionariedade instrutória

Sara Vanessa Carvalho da Silva

Orientador: Professor Associado David José Peixoto Duarte

Mestrado em Direito, Especialidade em Direito Administrativo

2018

Resumo

Incidindo sobre o procedimento administrativo de instrução na aprovação de actos prevista no Código do Procedimento Administrativo, a presente investigação adopta um conceito unitário de discricionariedade e um conceito lato de instrução, e propõe a revisão do teste de proporcionalidade realizado pelos seus corolários constituintes, no sentido de obter uma sindicabilidade judicial dos actos instrutórios discricionários através deste mesmo princípio.

Após rejeitar as sugestões de novos corolários a adicionar ao princípio da proporcionalidade, a revisão do princípio da proporcionalidade faz-se ajustando o corolário da adequação de modo a vincular a Administração a escolher a medida mais proporcional de entre as várias disponíveis, à luz do princípio da boa administração entretanto consagrado legalmente, ao invés de se satisfazer com a escolha de qualquer uma das medidas que sejam aptas a atingir o fim como até agora, procedendo para isto a uma comparação entre todas as medidas potenciais; mantendo o teste do corolário da necessidade e aceitando-o no seu desenvolvimento actual, tomando-se o mesmo como exemplo e base para expandir o mesmo tipo de avaliação comparativa feita neste teste aos outros corolários do princípio; e também tomando o corolário da proporcionalidade em sentido estrito, que já faz uma avaliação comparativa através da ponderação, apenas precisa de incorporar na sua valoração todos os elementos secundários a considerar para evitar duplicar o seu valor.

Sugere-se, no seguimento da revisão dos corolários assim proposta, a utilização de uma matriz de decisão, ordenando dentro de cada pressuposto as suas avaliações em sentido decrescente, dentro da aptidão, da medida mais apta para a menos apta, dentro da necessidade, da medida menos lesiva para a mais lesiva, e dentro da proporcionalidade em sentido estrito, do valor mais importante para o menos.

Reconhecendo a dificuldade em atribuir um mero valor matemático arbitrário a este tipo de avaliações, lembra-se que podem expressar-se relações comparativas sem o fazer, utilizando as noções de “maior que”, “menor que”, e “igual a” da mesma matemática, numa primeira fase.

De modo a poder fazer-se uma comparação de valores marginais, determinando qual das opções é mais valiosa, mesmo que a diferença seja pequena face às demais, pode, numa segunda fase, após esta ordenação e comparação, atribuir-se um valor a cada um dos elementos das várias opções, determinado sempre em relação aos outros mesmos elementos das outras opções, e até ao limite da quantidade de elementos que estejam presentes em cada uma.

Propõe-se também a actualização do âmbito de aplicação do princípio da proporcionalidade, de modo a abarcar explicitamente os novos sujeitos e tipos de relações jurídicas da Administração.

Palavras Chave: discricionariiedade, instrução, procedimento, princípios, proporcionalidade

Abstract

Focusing on the instruction phase of the administrative procedure to approve acts regulated in the Portuguese Administrative Procedure Code, the present investigation adopts a unitary concept of administrative discretion and a broad concept of instruction, and proposes the revision of the proportionality test done by its constituent corollaries, so as to obtain a judicial control of the pre-decision examining stage discretionary acts through this same principle.

After rejecting the suggestions for new corollaries to add to the proportionality principle, the revision of the proportionality principle is done adjusting the adequacy corollary so as to bind the Administration to choose the most proportional option among the various available, in light of the good administration principle that has meanwhile been imposed by the law, instead of it being enough for the Administration to choose any of the options that are adequate to reach the legal goal, and doing a comparison between all the potential options available for this; keeping the necessity corollary as it is and accepting it in its current development, taking it as the example and source to expand the same type of assessment done in this test to the other corollaries of the principle; and also taking the strict proportionality corollary, which already does a comparative evaluation through balancing, needing only to incorporate in its assessment all the secondary elements to consider, in order to avoid duplicating their value.

Following the corollary revision proposed, it's suggested that a decision matrix be used, sorting within each assumption its assessments in decreasing order, within the adequacy, from the most adequate to the least adequate option, within the necessity, from the least harmful to the most harmful option, and within the strict proportionality, from the most important legal value to the least.

Acknowledging the difficulty that is assigning an arbitrary mathematical value to this type of assessments, it is reminded that comparative relations can be expressing without doing so, using the notions of "bigger than", "smaller than", and "equal to" provided by the same math, in a first stage.

To be able to do a comparison of marginal values, determining which of the options is more valuable, even if the difference is small towards the remaining

ones, one can, in a second stage, after the ordering and comparison, attribute a value to each one of the elements of the various options, and up to the limit of the quantity of elements that are present in each one.

The update of the scope of application of the proportionality principle is also proposed, in order to explicitly include the new members and types of legal relations that the Administration has.

Keywords: discretion, instruction, procedure, principles, proportionality

ÍNDICE

1.	INTRODUÇÃO	4
2.	DISCRICIONARIEDADE	6
2.1.	ORIGEM E DEFINIÇÃO	6
2.1.1.	ORIGEM	6
2.1.2.	DEFINIÇÃO	7
2.1.3.	PODER-DEVER	8
2.1.4.	DIFERENÇAS CONSOANTE O RAMO DE DIREITO	9
2.1.5.	CONCEITO UNITÁRIO	10
2.2.	FIGURAS AFINS	10
2.2.1.	DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA	10
2.2.2.	MARGEM DE LIVRE DECISÃO ADMINISTRATIVA	11
2.2.3.	DISCRICIONARIEDADE A ZERO	12
2.2.4.	CONCEITOS INDETERMINADOS	13
2.3.	SUBTIPOS	15
2.4.	LOCALIZAÇÃO NA NORMA	16
2.4.1.	NA PREVISÃO E NA ESTATUIÇÃO	16
2.4.2.	NO OPERADOR DE ÔNTICO	17
2.5.	VARIABILIDADE	18
2.6.	CONCRETIZAÇÃO	19
2.6.1.	CASO CONCRETO	19
2.6.2.	ADEQUAÇÃO AO FIM	20
2.6.3.	CONCRETIZAÇÃO UNITÁRIA	21
2.7.	LIMITES	22
2.8.	CONTROLO POR PRINCÍPIOS	24
2.8.1.	ORIENTAÇÃO E LIMITAÇÃO	24
2.8.2.	COMPLEMENTAÇÃO	25
2.9.	VINCULAÇÃO	25
2.9.1.	AUTOVINCULAÇÃO	26
2.10.	SINDICABILIDADE JUDICIAL	27
2.10.1.	ARGUMENTOS CONTRA A SINDICABILIDADE	27
2.10.2.	ARGUMENTOS A FAVOR DA SINDICABILIDADE	30
2.10.3.	ANÁLISE	31
2.10.3.1.	ARGUMENTOS CONTRA A SINDICABILIDADE	31

2.10.3.1.1. SEPARAÇÃO DE PODERES	31
2.10.3.1.2. SUBJECTIVIDADE	32
2.10.3.1.3. O CONTRIBUTO INSUBSTITUÍVEL DA ADMINISTRAÇÃO	33
2.10.3.2. ARGUMENTOS A FAVOR	35
2.10.3.2.1. ERRO MANIFESTO	35
2.10.3.2.2. DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA.....	35
2.10.3.2.3. INTERPRETAÇÃO COMO ACTIVIDADE VINCULADA.....	36
2.10.3.2.4. TUTELA JURISDICIONAL EFECTIVA	36
2.10.3.2.5. SUBJECTIVIDADE	37
2.10.3.2.6. PRINCÍPIOS.....	37
3. INSTRUÇÃO	38
3.1. DEFINIÇÃO	38
3.1.1. EVENTUALIDADE.....	38
3.1.2. FACTOS E DIREITO	38
3.2. SUJEITOS	39
3.3. ENCARGOS.....	40
3.4. LOCAL DE PRESTAÇÃO DE PROVA	40
3.5. PARECERES	41
3.6. FUNDAMENTAÇÃO DO ACTO.....	41
3.7. AUDIÊNCIA DOS INTERESSADOS NO PROCEDIMENTO	42
3.8. PRINCÍPIO DO APROVEITAMENTO DO ACTO	43
3.8.1. DEFINIÇÃO.....	43
3.8.2. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO	46
3.8.3. NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DOS INTERESSADOS.....	46
3.8.4. ACTOS DISCRICIONÁRIOS	46
3.9. DISCRICIONARIEDADE INSTRUTÓRIA	47
3.9.1. LIBERDADE AVALIATIVA	47
3.9.2. DISCRICIONARIEDADE PROBATÓRIA	47
3.9.3. DISCRICIONARIEDADE INSTRUTÓRIA PRIMÁRIA	48
3.9.4. DISCRICIONARIEDADE INSTRUTÓRIA SECUNDÁRIA	49
3.9.5. VARIABILIDADE	49
3.9.6. LIMITES.....	50
3.10. CPA EM DETALHE.....	50
4. PRINCÍPIOS.....	56

4.1. ORIGEM E DESENVOLVIMENTO	56
4.1.1. PROPÓSITO.....	56
4.1.2. NATUREZA.....	56
4.1.3. UTILIDADE.....	56
4.1.4. ORIGEM	57
4.2. FUNCIONAMENTO.....	58
4.2.1. ORIENTAÇÃO PRIMA FACIE	58
4.2.2. CONCORRÊNCIA DE PRINCÍPIOS.....	58
4.2.3. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS	58
4.2.4. PRINCÍPIOS CONTRA LEGEM	59
4.2.5. HIERARQUIA DE PRINCÍPIOS.....	59
4.3. TEORIA DA NORMA	60
4.3.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PRINCÍPIOS	61
5. PROPORCIONALIDADE.....	62
5.1. DEFINIÇÃO	62
5.2. EVOLUÇÃO.....	62
5.3. COROLÁRIOS.....	63
5.3.1. ADEQUAÇÃO	64
5.3.2. NECESSIDADE.....	64
5.3.3. PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO	65
5.4. FIGURAS AFINS.....	66
5.4.1. RAZOABILIDADE	66
5.4.2. DETERMINABILIDADE.....	67
5.4.3. PROIBIÇÃO DO DEFEITO.....	67
5.5. REVISÃO	68
5.5.1. APTIDÃO	68
5.5.2. NECESSIDADE.....	69
5.5.3. PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO	69
5.5.4. PRÁTICA.....	70
5.6. ÂMBITO DE APLICAÇÃO.....	72
5.6.1. NATUREZA DA ADMINISTRAÇÃO	72
5.6.2. RELAÇÃO ADMINISTRATIVA.....	73
5.6.3. APLICAÇÃO PARCIAL.....	74
5.6.4. ACTOS DISCRICIONÁRIOS E VINCULADOS	74

5.6.5. ENCARGOS DO PROCEDIMENTO	75
5.6.6. DIFERIMENTO TÁCITO	75
6. CONCLUSÕES.....	76
BIBLIOGRAFIA.....	79

1. INTRODUÇÃO

O tema sob investigação engloba a proporcionalidade e discricionariedade presentes na fase instrutória do procedimento administrativo previsto no Código de Procedimento Administrativo. Estão assim excluídos procedimentos instrutórios presentes em legislação avulsa, bem como outras normas materialmente instrutórias inseridas noutras fases do procedimento administrativo do CPA.

O CPA sob escrutínio é o que resultou da revisão legislativa mais recente, plasmada no Decreto Lei nº 4/2015, de 7 de Janeiro.

Este tema foi escolhido devido à influência que a fase instrutória tem sobre todo o procedimento, ao balizar a decisão final a tomar; à ainda existente incerteza no que toca ao resultado do tratamento das chamadas decisões discricionárias; e à configuração do princípio da proporcionalidade como teste transversal a respeitar em todas as decisões administrativas potenciando a sua utilidade.

O objectivo a atingir é, através do uso do princípio da proporcionalidade, alcançar-se um maior patamar de certeza no que toca a decisões que contêm discricionariedade, aumentando-se assim a segurança dos cidadãos na defesa dos seus direitos, e uma maior aproximação ao princípio do Estado de Direito.

Inicia-se a investigação ao adoptar um conceito unitário de discricionariedade, distinguindo a discricionariedade das suas figuras afins, defendendo que se encontra em qualquer dos três elementos da norma, analisando a sua concretização e limites, passando depois em revista os argumentos da sua sindicabilidade judicial.

Segue-se para uma definição ampla de instrução, analisando os momentos instrutórios mais fulcrais, partindo depois para a análise do princípio do aproveitamento do acto. Termina-se especificando em que consiste a discricionariedade instrutória, e onde a mesma se encontra no CPA.

Avança-se para uma pequena teoria geral dos princípios, traçando a sua origem e funcionamento, e distinguindo-os das regras comuns.

Por fim, é definido o princípio da proporcionalidade através dos seus corolários, e são analisadas as suas figuras afins. É proposta uma actualização aos seus corolários, utilizando uma matriz de decisão para comparar as opções e seleccionar aquela que seja a melhor, assim como também é proposta uma actualização ao seu âmbito de aplicação para abarcar novas situações que surgiram desde a sua origem.

2. DISCRICIONARIEDADE

2.1. ORIGEM E DEFINIÇÃO

2.1.1. ORIGEM

A primeira noção de discricionariedade em território português antecedeu o liberalismo, em que havia uma confusão de todos os poderes nas mãos do príncipe¹, mas foi Fezas Vital o primeiro a dar uma construção teórica ao regime da discricionariedade, desenvolvida depois por Magalhães Colaço, Afonso Queiró, Marcello Caetano e António Francisco de Sousa².

Fora de Portugal, na sua concepção de liberdade de conduta da Administração não ditada de antemão por uma regra jurídica, a discricionariedade já tinha sido proposta no início do século XX por Michoud, e foi retomada nos anos 80 por autores como André de Laubadère, J-C Venezia e Yves Gaudemet³.

A discricionariedade evoluiu entre nós partindo do princípio da legalidade, que progrediu ao ponto de admitir vias de recurso anteriormente inexistentes, exigindo às autoridades que se submetessem aos preceitos legais e regulamentares, mas sem restringir a sua liberdade acção, reconhecendo a lei que por vezes é incapaz de determinar uma decisão de conteúdo determinado por si própria e delegando às autoridades a capacidade de tomarem as medidas mais oportunas e convenientes⁴.

Numa segunda fase a discricionariedade passou a ter como limite ter sempre em vista o fim que determinou a sua prática, sendo, no entanto, indispensável que não tivesse havido vício no fim que gerou a prática do acto⁵.

Na sua terceira fase, a discricionariedade passou a ser controlada na medida em que estava submetida à lei, se o acto estivesse tolhido de excesso de poder, incompetência ou violação da lei⁶.

Chegada à sua quarta fase, o controlo da discricionariedade abarcou todas as formas da actividade do estado dominadas pelo Direito, reconhecendo-se que a escolha do momento da

¹ SAMBO, José Eduardo (1992), p. 1

² SAMBO, José Eduardo (1992), p. 3 a 11; AYALA, Bernardo Diniz (1995), p. 106

³ AYALA, Bernardo Diniz (1995), p. 106

⁴ SAMBO, José Eduardo (1992), p. 3 e 4

⁵ SAMBO, José Eduardo (1992), p. 5

⁶ SAMBO, José Eduardo (1992), p. 6 e 7

prática do acto continua a ser discricionária, mas há uma vinculação ao fim a prosseguir em todos os actos⁷.

Na sua quinta fase, a discricionariedade passou a representar uma vontade do legislador que é delegada na administração, e só os seus elementos vinculados podem ser controlados pelos tribunais administrativos, não estando sujeita a fundamentação ou limites devido a tais ocorrerem numa fase prévia ao momento do exercício da discricionariedade⁸.

Numa perspectiva material avançada por Castanheira Neves, a evolução da discricionariedade terá ocorrido partindo do seu entendimento como exercício de poder político, seguida da sua concepção como esfera de autonomia pública, e por fim, como modalidade de aplicação ou execução da lei⁹.

Certo é que este desenvolvimento parcelar da discricionariedade será o motivo pelo qual subsistem ainda no ordenamento jurídico português institutos jurídicos que fragmentam o conceito de discricionariedade, como a distinção entre discricionariedade de escolha e decisão, e as figuras afins da discricionariedade como os conceitos indeterminados e a margem de livre decisão, tipicamente acompanhados de capacidades de controlo judicial diferentes das detidas pela própria discricionariedade. Estes institutos são réstias das distinções já feitas anteriormente quanto ao conceito de discricionariedade.

De realçar são as alterações entretanto surgidas, que incidiram sobre o campo do regime aplicável à discricionariedade e não sobre o conceito em si, que se manteve relativamente estável¹⁰. Nesta medida, discutir a discricionariedade na actualidade é discutir o regime que lhe é aplicável, nomeadamente a sua sindicabilidade judicial, mais do que a sua definição.

2.1.2. DEFINIÇÃO

Não obstante, cumpre definir a discricionariedade. Hoje ela é uma escolha livre¹¹ entre opções ou alternativas¹² facultadas¹³ à Administração – ou seja, dentro de certos limites ou parâmetros¹⁴ balizados pelo bloco de legalidade¹⁵.

⁷ SAMBO, José Eduardo (1992), p. 7 e 8

⁸ SAMBO, José Eduardo (1992), p. 10

⁹ Castanheira Neves APUD AYALA, Bernardo Diniz (1995), p. 131

¹⁰ AYALA, Bernardo Diniz (1995), p. 106

¹¹ AYALA, Bernardo Diniz (1995), p. 106 e 107

¹² SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 183; AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 86; DUARTE, David (1992), p. 27; DUARTE, David (2008), p. 36, 39 e 40

A discricionariedade pode detectar-se através da existência no texto de expressões linguísticas de significado permissivo, como o verbo “poder”, o substantivo “faculdade”, a conjunção “ou”¹⁶, e a utilização de palavras que requerem mais concretização mediante o caso concreto.

Apesar de se manifestar sempre por palavras, e nesse sentido ser um fenómeno de incerteza da linguagem, pode entender-se que a discricionariedade pode resultar da norma (através do seu operador deôntico, tanto em normas permissivas como em impositivas e proibitivas¹⁷) ou do texto (incerteza sintáctica ou semântica, e entre estas, a vagueza, a textura aberta, e a polissemia, assim como a ambiguidade, porosidade e esvaziamento)¹⁸.

Uma explicação interessante derivada da perspectiva linguística é a teoria da certeza de Philip Heck, que sugere a existência de áreas de certeza positiva e negativa, assim como de uma de incerteza entre elas, como se de uma área iluminada por um candeeiro se tratasse¹⁹. A discricionariedade pode tomar-se, à luz desta teoria, como inserida na área de incerteza, o que é coerente quando se considera, por exemplo, o uso do termo “manifesto”²⁰ como expressão de uma área de certeza negativa, do que está sem dúvida excluído do âmbito da discricionariedade.

2.1.3. PODER-DEVER

A própria perspectiva da discricionariedade enquanto liberdade pode ter a nuance de ser encarada ao mesmo tempo como um dever, segundo a qual a lei não dá ao órgão administrativo competente liberdade para escolher qualquer solução, mas antes o obriga a procurar a melhor

¹³ CORREIA, Sérvulo (1987), p. 486; CORREIA, Sérvulo (2010), p. 131; SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 185 e 186; CAUPERS, João (2000), p. 70

¹⁴ CAUPERS, João (2000), p. 66; OTERO, Paulo (2016), p. 77; ALMEIDA, Mário Aroso de (2016), p. 308 e 309; AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 89

¹⁵ Ainda SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 183

¹⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 187

¹⁷ DUARTE, David (2006), p. 513 a 525

¹⁸ DUARTE, David (2008), p. 36, 39, 40, 48 a 52; DUARTE, Maria Luísa (1987), p. 24, 25 e 26; DUARTE, David (2006), p. 216 e 217, 502 a 505; LAMEGO, José (2016), p. 113 e 232; AYALA, Bernardo Diniz (1995), p. 121

¹⁹ COSTA, Henrique Rodrigues da (2010), p. 7; DUARTE, David (1992), p. 34; DUARTE, Maria Luísa (1987), p. 26; DUARTE, David (2008), p. 49 e 50; LAMEGO, José (2016), p. 113; AYALA, Bernardo Diniz (1995), p. 123

²⁰ DUARTE, Maria Luísa (1987), p. 35; AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 94; SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 215; ALMEIDA, Mário Aroso de (2016), p. 304 e 305; OLIVEIRA, Mário Esteves de; Et al (2010), p. 105; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (2003), p. 272; DUARTE, David (2006), p. 589; AYALA, Bernardo Diniz (1995), p. 225 e 253

solução que satisfaça o interesse público, o que se reflecte nos poderes de pronúncia do tribunal²¹.

No seguimento disto, as formulações de possibilidade ou preceitos de “pode” acabam por ler-se como preceitos “imperativos” ou de “deve”, pois a discricionariedade é exercida sobre os princípios jurídicos e o programa de execução por estes informado²².

É observável nesta perspectiva que o foco é colocado nos limites da decisão a tomar, mas continua presente e proeminente a liberdade acerca dessa decisão, porque apesar de a Administração ter o dever de escolher a melhor decisão, continua até hoje a não lhe ser imposto que o faça, bastando que escolha uma das decisões legalmente admissíveis.

Assim, sendo mais característico do conceito a sua liberdade do que os seus limites ou deveres, é de rejeitar esta perspectiva de que a discricionariedade é um dever.

2.1.4. DIFERENÇAS CONSOANTE O RAMO DE DIREITO

Sérvulo Correia faz uma distinção da discricionariedade consoante o ramo de Direito onde está inserida, se no Direito Administrativo ou no Direito Fiscal, no qual se diz que a discricionariedade é diferente, tanto na indeterminação das normas jurídicas como na metodologia das fases finais da sua densificação²³.

Desta perspectiva, considera que o fisco deve densificar as normas dotadas de abertura com base em tipos e não em casos individuais, perscrutando hermenêuticamente o sentido de dever ser ínsito na norma. No seguimento desta lógica, defende que o juiz pode sobrepor o seu entendimento ao do fisco²⁴.

Discorda-se aqui de que a abordagem tomada nessa perspectiva não seja transponível para o Direito Administrativo, pois se é possível densificar suficientemente as normas de Direito Fiscal com a metodologia tipológica²⁵ e usando critérios gerais de interpretação das leis fiscais²⁶, certamente que tal também é possível no Direito Administrativo, e o obstáculo que existe a que tal se faça não será um impedimento logístico – e se o que justificou esta exigência

²¹ AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 92. Sugerindo que eram usados conceitos indeterminados para vincular a administração, ao invés de lhe facultar discricionariedade, Jellinek APUD COSTA, Henrique Rodrigues da (2010), p. 14.

²² PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998b), p. 690

²³ CORREIA, Sérvulo (2010), p. 130

²⁴ CORREIA, Sérvulo (2010), p. 130 a 131

²⁵ Idem, p. 130

²⁶ Idem, p. 131.

no Direito Fiscal foi a sensibilidade a questões pecuniárias com base na histórica questão da taxação com representação, o Direito Administrativo está em igual posição, tanto com a Administração Prestadora como com a Coactiva, ao atribuir subsídios ou a expropriar propriedades, de afectar situações patrimoniais com a capacidade de ter grande impacto nos interessados, seja esse impacto benéfico ou prejudicial, pelo que deveria ter-se a mesma exigência no âmbito administrativo.

2.1.5. CONCEITO UNITÁRIO

Mas a definição de discricionariedade ainda é controversa.

Segundo M. Francisca Portocarrero, a doutrina alemã actual retoma um conceito unitário de discricionariedade, que dispensa construções artificiais e contraposições teóricas difíceis de manter e justificar²⁷, abrangendo todos os casos ou graus de atribuição de liberdade da decisão administrativa na aplicação da lei²⁸, abandonando as distinções que se fazem das várias modalidades da discricionariedade e figuras afins, e respectivo controlo judicial. É esse o conceito perfilhado na presente investigação.

Aqui a discricionariedade é tomada nesta sua acepção unitária, enquanto manifestação de liberdade administrativa em sentido lato, pelo que tanto as figuras afins como as modalidades e subtipos identificados tradicionalmente são aqui entendidos como uma fragmentação que não tem justificação face à liberdade presente em todos, entendendo-se que essas distinções constituem mais um obstáculo do que um auxílio ao controlo judicial da incerteza.

2.2. FIGURAS AFINS

Entre as figuras afins da discricionariedade encontramos a já extinta discricionariedade técnica, a margem de livre decisão, a discricionariedade zero e os conceitos indeterminados.

2.2.1. DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA

A discricionariedade técnica, ou seja, a necessidade de utilização de conhecimentos técnicos ou não jurídicos²⁹ pela Administração foi empregue pela primeira vez em Viena em 1864³⁰. Em Portugal ficou conhecida como discricionariedade imprópria, tratando-se de uma área de actuação administrativa vinculada onde, por razões de alta complexidade técnica, em

²⁷ PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998b), p. 648, nota de rodapé 9, p. 666, nota de rodapé 38, p. 688 e p. 693

²⁸ PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998b), p. 667

²⁹ ALVES, Simone Lemos, p.6.; AYALA, Bernardo Diniz (1995), p. 112 e seguintes

³⁰ ALVES, Simone Lemos, p. 2

que a Administração faria juízos de avaliação segundo critérios técnicos, o controlo judicial estaria afastado³¹, ou como uma remissão para regras extrajurídicas³².

Entretanto reconheceu-se que a densificação extrajurídica continha juízos de oportunidade³³, tendo os termos demasiadamente técnicos a capacidade de abrir a norma ao invés de a fechar³⁴, e que estes possuíam conteúdo valorativo³⁵.

A falência do conceito chegou quando se reconheceu que se tratava de uma livre valoração de conceitos vagos e indeterminados, ainda que diferente da discricionariedade típica, e o que se queria realmente expressar era a impossibilidade de ingerência dos tribunais nestas valorações³⁶ - pois se um juízo é técnico ou científico, então não se deve governar por princípios de ocasião, tratando-se de uma falsa discricionariedade³⁷.

2.2.2. MARGEM DE LIVRE DECISÃO ADMINISTRATIVA

A margem de livre decisão administrativa, que consiste num espaço de liberdade da actuação administrativa conferido por lei e limitado pelo bloco de legalidade³⁸, confunde-se com o conceito de discricionariedade.

Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos ainda referem a margem de livre decisão, dividindo-a entre discricionariedade e margem de livre apreciação, afirmando que a sua base jurídica é a lei³⁹. Afirmam também que o fundamento da sua existência é a limitação prática da função legislativa e o princípio da separação de poderes, embora admitindo que esta figura causa a perda de alguma segurança jurídica e introduz uma desigualdade friccional, correndo-se o risco de que uma visão de conjunto destas decisões venha a revelar incoerências e distorções sistemáticas devido a serem tomadas tendo em consideração o caso concreto – mas considerando ao mesmo tempo que estas desvantagens são compensadas por uma maior justiça e adequação na aplicação do Direito⁴⁰.

Como consequência desta posição, os mesmos autores defendem que não existe controlo jurisdicional da margem de livre decisão, e sim apenas da aferição do respeito administrativo

³¹ ALVES, Simone Lemos, p. 7; AYALA, Bernardo Diniz (1995), p. 110 e 111

³² AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 126

³³ ALVES, Simone Lemos, p. 23 e 24

³⁴ ALVES, Simone Lemos, p. 8

³⁵ ALVES, Simone Lemos, p. 26

³⁶ AYALA, Bernardo Diniz (1995), p. 114

³⁷ ALVES, Simone Lemos, p. 15

³⁸ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 183

³⁹ IBIDEM

⁴⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 184

pelas vinculações normativas e pelos limites internos da margem de livre decisão, que incidem sobre a esfera da legalidade e não do mérito, que engloba as apreciações de oportunidade e conveniência⁴¹.

Estes autores definem em seguida a discricionariedade como uma liberdade conferida por lei à administração para que esta escolha entre várias alternativas de actuação juridicamente admissíveis⁴², e a margem de livre apreciação como uma liberdade da Administração na apreciação de situações de facto que dizem respeito aos pressupostos das suas decisões⁴³. Comparando a definição, assim como o regime defendido, para a margem de livre decisão com a definição e regime da discricionariedade e da margem de livre apreciação, é notável a sobreposição destes conceitos.

Bernardo Diniz de Ayala também refere este instituto jurídico como uma das figuras que compõem a autonomia pública administrativa, um espaço de criação-concretização jurídica que a lei confere à Administração, identificando a discricionariedade administrativa como um tipo de margem de livre decisão⁴⁴, e defendendo a insindicabilidade judicial desta figura, permitindo o controlo judicial apenas quanto aos limites (vinculados) impostos a esta figura⁴⁵. Novamente, a integração de um conceito no outro, acompanhada de regimes similares, sugere a unidade de ambos.

Assim, a adopção do conceito unitário de discricionariedade nesta investigação engloba esta margem de livre decisão, na medida em que também é atribuída liberdade à Administração, seja ela relativa à sua conduta, às decisões tomadas ou apreciações feitas durante o procedimento ou em relação à decisão final, não se justificando aqui a distinção entre estas figuras.

2.2.3. DISCRICIONARIEDADE A ZERO

Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos falam de uma redução da discricionariedade ou margem de livre decisão a zero, quando da incidência das vinculações

⁴¹ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 185

⁴² SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 187

⁴³ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 190

⁴⁴ AYALA, Bernardo Diniz (1995), p. 110 e 130

⁴⁵ AYALA, Bernardo Diniz (1995), p. 83 e seguintes e 248 e seguintes

legais e limites da discricionariedade pode, para o caso concreto, passar a existir apenas uma decisão juridicamente admissível⁴⁶.

Deve reconhecer-se que este fenómeno ocorre, mas que tal perspectiva tem como base a ideia de que há várias decisões juridicamente admissíveis no mesmo caso concreto; no entanto, na fase em que já tem um caso concreto em mãos, a Administração tem o dever de escolher a melhor decisão para esse caso, que será a melhor segundo os critérios jurídicos aplicáveis, havendo nessa fase apenas uma decisão genuinamente admissível.

Assim, entende-se aqui que não se justifica autonomizar este instituto, visto que se trata apenas da densificação normal da discricionariedade no caso concreto, o último passo do seu exercício, que se restringe a uma única solução possível, a melhor.

2.2.4. CONCEITOS INDETERMINADOS

Segundo Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos, os conceitos indeterminados são palavras que comportam incerteza semântica, integrados na margem de livre apreciação da administração⁴⁷.

Segundo Freitas do Amaral, estes conceitos definem-se como aqueles cujo conteúdo e extensão são incertos, não permitindo comunicações claras quanto ao seu conteúdo, dos quais são exemplo expressões como “necessárias”, “convenientes”, “adequadas”, “razoáveis”, “oportunas”, “justificadas”, entre outras⁴⁸. Este autor enquadrava estes conceitos como sendo uma figura afim da discricionariedade⁴⁹, mas, entretanto, passou a distinguir entre conceitos indeterminados cuja concretização envolve operações de interpretação da lei e de subsunção, não atribuindo qualquer autonomia ao órgão decisor⁵⁰, permitindo estes o seu controlo judicial, e os conceitos indeterminados cuja concretização apela a preenchimentos valorativos⁵¹. Entre estes últimos, distingue os que exigem uma valoração objectiva usando as concepções morais dominantes, que permitem também o seu controlo judicial⁵², dos que remetem para um juízo baseado na experiência e convicções da Administração, cujo

⁴⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 200, 201 e 204.

⁴⁷ Enquadrando-os na margem de livre apreciação, SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 190

⁴⁸ AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 117

⁴⁹ AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 118

⁵⁰ AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 119

⁵¹ AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 120

⁵² AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 121 e 122

enquadramento é jurídico, mas cujo conteúdo é indeterminado⁵³, não permitindo o controlo judicial⁵⁴.

Sérvulo Correia distingue os conceitos indeterminados da discricionariedade por tratarem de critérios de avaliação e esta de critérios de decisão⁵⁵. Especifica também na distinção que os conceitos indeterminados estão incluídos num esquema disjuntivo da norma, enquanto a discricionariedade permite um alargamento conjuntivo da previsão da norma⁵⁶.

Henrique Costa aponta como critério de distinção os conceitos indeterminados terem uma única solução correcta, enquanto a discricionariedade tem uma solução preferível⁵⁷.

Já David Duarte indica que o conceito indeterminado pertence a um âmbito conceptual que é revisível pelos tribunais, porque não surge para o decisor administrativo qualquer possibilidade abstracta de decisão ou escolha⁵⁸, apontando que há dois planos na concretização do conceito indeterminado, o da interpretação e o da aplicação, sendo que a incerteza só tem que se equacionar no plano da aplicação⁵⁹.

Maria Luísa Duarte, refere a perspectiva da discricionariedade como a liberdade da Administração na interpretação de conceitos vagos e indeterminados, que defende que o conceito indeterminado é preenchido através da interpretação da norma, que se entende ser uma actividade vinculada⁶⁰.

Na presente investigação, os conceitos indeterminados incorporam-se na discricionariedade, não só porque todos os conceitos são mais ou menos indeterminados⁶¹, e o conceito indeterminado é somente uma mecânica distinta de atribuição de discricionariedade⁶², quando para tal é usado⁶³, mas também porque se trata nesta investigação de uma discricionariedade que permite avaliar (factos e provas) - a discricionariedade instrutória.

⁵³ AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 120 a 122

⁵⁴ AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 125

⁵⁵ CORREIA, Sérvulo (2010), p. 131

⁵⁶ CORREIA, Sérvulo (1987), p. 483, nota de rodapé 299

⁵⁷ COSTA, Henrique Rodrigues da (2010), p. 18

⁵⁸ DUARTE, David (1992), p. 32

⁵⁹ DUARTE, David (1992), p. 35, nota de rodapé 87

⁶⁰ DUARTE, Maria Luísa (1987), p. 15

⁶¹ DUARTE, David (1992), p. 33 e 34; AYALA, Bernardo Diniz (1995), p. 121 e seguintes; CORREIA, Sérvulo (2010), p. 128

⁶² DUARTE, David (1992), p. 36

⁶³ Referindo jurisprudência que reconhece que a existência na norma de um conceito vago ou indeterminado não implica a concessão automática de poderes discricionários, DUARTE, Maria Luísa (1987), p. 34

2.3. SUBTIPOS

São identificados vários tipos de discricionariedade pela doutrina.

Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos distinguem entre discricionariedade de acção, de escolha, e criativa, consoante ela diga respeito à escolha entre agir ou não agir, através do verbo “poder” ou do substantivo “faculdade”, à escolha entre duas ou mais possibilidades de actuação predefinidas na lei, através da conjunção “ou”, ou à criação da actuação concreta dentro dos limites jurídicos aplicáveis, através do uso de conceitos indeterminados ou cláusulas gerais⁶⁴.

Também neste sentido, Sérvulo Correia aceita a distinção entre discricionariedade de decisão e escolha, e a divisão da discricionariedade de escolha entre as modalidades optativa e criativa, embora admita que as normas que concedem discricionariedade de escolha podem ser reconstruídas como preceitos que impõem o alargamento da previsão, e que esse raciocínio também é aplicável às normas que concedem discricionariedade de decisão⁶⁵. Diogo Freitas do Amaral segue no mesmo sentido determinando a distinção entre discricionariedade optativa e criativa dentro da discricionariedade de escolha⁶⁶.

David Duarte, partindo da ideia de que o carácter permissivo da norma conferidora de discricionariedade de decisão é meramente aparente devido à indisponibilidade das competências de decidir, defende que há identidade entre esta discricionariedade e a de escolha criativa⁶⁷.

Bernardo Diniz Ayala distingue mais subtipos de discricionariedade⁶⁸. Colocando-as sob a alçada da discricionariedade de acção ou decisão *latu sensu*, refere i) a discricionariedade de pronúncia, derivada de a lei conferir ao órgão a possibilidade de escolher entre omitir qualquer conduta ou pronunciar-se sobre o assunto, ii) a discricionariedade de decisão *stricto sensu*, presente quando a Administração pode optar entre decidir e não decidir, iii) e a discricionariedade de intervenção material, que ocorre quando o órgão tem a possibilidade de optar entre realizar ou não certas operações materiais. Já como subtipos da discricionariedade

⁶⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 187

⁶⁵ Koch APUD CORREIA, Sérvulo (1987), p. 483, nota de rodapé 299

⁶⁶ AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 103

⁶⁷ DUARTE, David (1992), p. 29

⁶⁸ AYALA, Bernardo Diniz (1995), p.134 a 147

de escolha, este autor faz a mesma distinção entre discricionariedade optativa e criativa que os outros autores.

Fica assim visto que a discricionariedade é desdobrada consoante o autor em subtipos⁶⁹, e que estes subtipos estão a ser distinguidos uns dos outros através do elemento da norma que atribui a liberdade, daí as suas definições incidirem sobre a variedade de situações que confrontam a Administração.

Não apresenta consequências práticas distinguir a discricionariedade consoante o objecto sobre o qual está a incidir, pois mesmo perante todos estes objectos estão adstritos ao mesmo dever de respeitar os princípios gerais da actividade administrativa, e estas discricionariedades são mais manejáveis seguindo o que lhes é comum a todas – a liberdade –, pelo que nesta investigação não se adopta qualquer uma destas distinções.

2.4. LOCALIZAÇÃO NA NORMA

A doutrina distingue também a discricionariedade consoante a sua localização na norma⁷⁰ - cujos elementos de composição são a previsão, a estatuição e o operador deôntico.

2.4.1. NA PREVISÃO E NA ESTATUIÇÃO

Sérvulo Correia refere que podem existir preceitos acoplados, caracterizados por conjugarem um conceito jurídico indeterminado na previsão e um critério de discricionariedade na estatuição⁷¹.

Considerando aqui que o conceito jurídico indeterminado pretende atribuir discricionariedade, não surpreende que se observe discricionariedade tanto na previsão como na estatuição da norma. Na previsão, há discricionariedade presente quando se vislumbram as várias situações que despoletam a aplicação da norma⁷², por exemplo, que “em situações urgentes” a norma se aplica. Na estatuição, basta que se possibilitem várias consequências da aplicação da norma, por exemplo, que os seus efeitos podem ser “a realização de uma nova audiência dos interessados, ou de diligências instrutórias complementares”.

⁶⁹ Também neste sentido, contra a distinção de subtipos de discricionariedade consoante a sua localização na norma, PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998b), p. 689

⁷⁰ PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998b), p. 667, nota de rodapé 39, e 689; SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 188; DUARTE, David (2006), p. 526 a 529

⁷¹ CORREIA, Sérvulo (1987), p. 485

⁷² Em sentido contrário, defendendo que é precisamente por a previsão ter pressupostos insuficientes, apesar de não conferir discricionariedade, que a norma confere mais do que uma alternativa, DUARTE, David (2006), p. 529.

2.4.2. NO OPERADOR DEÔNTICO

Quanto ao operador deôntico, este é classicamente categorizado como permissivo, impositivo e proibitivo, embora se admita a interdefinibilidade entre o impositivo e o proibitivo⁷³, ou seja, que qualquer destes operadores pode ser trocado pelo outro para se obter o mesmo resultado.

Começa-se aqui então por reconhecer o que é manifesto pela interdefinibilidade – que há apenas dois operadores deônticos, o de permissão e o de obrigação, tendo este último duas modalidades, uma em que obriga a uma acção (imposição), e outra em que obriga a uma omissão (proibição).

Embora se reconheça aqui a interdefinibilidade, admite-se alguma incerteza quanto aos seus efeitos serem indiferentes aos receptores da ordem da norma; diga-se, num conjunto de possibilidades de conduta contendo apenas A e B e na presença de um dever de agir, poderá haver uma reacção diferente do destinatário entre uma imposição de fazer A, e a uma proibição de fazer B, embora o objectivo da norma seja igual.

Mencione-se também que a lógica deôntica, na sua importação para o mundo jurídico, ao só ter aplicação em normas de conduta, se apresenta como uma ferramenta de utilidade muito limitada, pois escapam da sua análise todas as outras normas.

Mas no que respeita à presença de discricionariedade através do operador deôntico, esta pode verificar-se em qualquer das suas modalidades.

A atribuição clássica de discricionariedade será através do operador deôntico de permissão, através do qual a norma ditará que determinada conduta se pode fazer. Mas também através do operador deôntico de obrigação na modalidade de imposição, há discricionariedade sempre que é imposta mais do que uma conduta, com alternativas. Mas também através do operador deôntico de obrigação na modalidade de proibição, devido à interdefinibilidade destas modalidades, proibindo uma ou outra conduta, se confere discricionariedade⁷⁴.

Assim, a discricionariedade pode advir da previsão, da estatuição ou do operador deôntico da norma, pois podem haver várias situações a despoletar a aplicação da norma, assim como

⁷³ DUARTE, David (2002), p. 258 e 259

⁷⁴ DUARTE, David (2006), p. 111 a 114

vários efeitos alternativos da norma, e o operador deôntico também pode contribuir para a existência de opções quer esteja a permitir ou a obrigar a Administração a condutas.

2.5. VARIABILIDADE

É amplamente tomada como correcta a perspectiva de que não há actos totalmente discricionários, ou seja, de que a discricionariedade existe em graus ou matizes, estando presente em todos os actos administrativos, que contêm uma combinação de poderes vinculados e discricionários em proporções variáveis⁷⁵.

Assim, conseguem identificar-se nas normas aspectos que costumam ser discricionários, e outros que são vinculados, e consoante a sua presença ou ausência verificar a variabilidade da discricionariedade.

Os elementos que são entendidos como discricionários são⁷⁶:

- a. o prazo ou momento da prática do acto;
- b. a decisão de praticar um acto;
- c. o conteúdo concreto da decisão a tomar;
- d. concessão ou recusa do pedido do particular;
- e. a forma que o acto deve adoptar;
- f. a fundamentação ou não da decisão;
- g. apor condições, termos, modos, encargos ou outras cláusulas acessórias;
- h. as formalidades da preparação ou prática do acto;
- i. a determinação dos factos e interesses relevantes;
- j. a existência de pressupostos de facto de que depende o exercício da competência.

Veja-se agora em mais pormenor os elementos enumerados em **a.** e **f.**

O momento da prática do acto enumerado em **a.** pode não ser discricionário quando o acto administrativo é automaticamente gerado na plataforma electrónica onde é pedido, tal como ocorre com algumas certidões e certificados, assim como quando é uma operação material imediata, como na regulação do trânsito pelo semáforo. É duvidoso que neste tipo de situações a Administração tenha uma verdadeira escolha, sendo a intervenção humana tão ténue.

⁷⁵ AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 86; CAUPERS, João (2000), p. 68; COSTA, Henrique Rodrigues da (2010), p. 11.

⁷⁶ AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 87, 102, 103 e 104; DUARTE, Maria Luísa (1987), p. 17.

Também no que toca ao prazo, impende um dever de decisão sobre a Administração (artigo 13º do CPA) que tem como limite produzir uma decisão em prazo razoável, derivado de um dever de celeridade (artigo 59º do CPA), assim como tem prazos para tomar decisões (prazo geral, artigo 86º do CPA; em procedimentos de iniciativa particular, artigo 128º do CPA); todos estes elementos balizam a discricionariedade no que toca ao prazo de tomada de decisão, diminuindo as opções da Administração.

O dever de fundamentação referido em f. (e consagrado no artigo 152º do CPA) impõe à Administração a obrigação de fundamentar as suas decisões em determinadas circunstâncias, o que também apresenta um limite à discricionariedade, ao requerer que seja fundamentada e assim filtrando o livre arbítrio da Administração.

Contudo, crê-se aqui que seria melhor que a fundamentação também existisse nos actos discricionários favoráveis aos particulares, pois mesmo que se trate de um acto benéfico pode haver desproporcionalidade no mesmo, e a fundamentação auxilia a aferir a presença dessa proporcionalidade – assim como a igualdade entre os vários casos.

Importa reter, no entanto, que os outros aspectos enumerados podem não ser discricionários devido à liberdade concedida à Administração para moldar o próprio procedimento e vincular-se a si mesma, principalmente se for celebrado um acordo endoprocedimental que o regule (artigo 57º do CPA), ou se a Administração tiver já estabelecido critérios de densificação da discricionariedade para casos futuros similares, autovinculando-se, em que a Administração não faz uma nova apreciação mas apenas segue os critérios previamente estabelecidos.

2.6. CONCRETIZAÇÃO

2.6.1. CASO CONCRETO

Acerca de como se concretiza efectivamente a discricionariedade, o caso concreto é o ponto central em redor do qual a discricionariedade se desenvolve.

Sérvulo Correia afirma que a inclusão de novos elementos extraídos da situação concreta para servirem de base às hipóteses causais pressupõe sempre a possibilidade do alargamento da hipótese normativa⁷⁷.

Maria Francisca Portocarrero refere que do ponto de vista da administração as soluções disponíveis não valem o mesmo, precisamente devido a estar face ao caso concreto e ter disponíveis os elementos necessários à decisão⁷⁸. Esta autora refere que está implicado sempre um trabalho de complementação da previsão da norma⁷⁹ - que apesar de ser jurídico⁸⁰ também usa critérios não jurídicos⁸¹ -, aos quais são acrescentados os pressupostos adicionais necessários⁸².

David Duarte afirma-se também que no concretizar da discricionariedade, confrontando a norma com o caso concreto, ela passa nesse momento de um critério genérico (a norma como existia previamente ao momento da decisão), a decisório (a norma já no momento da decisão)⁸³. O mesmo autor defende também que a discricionariedade de um acto concreto pode delinear-se excluindo as suas zonas parametricamente controláveis⁸⁴, verificando-se quais são os elementos vinculados do acto, e considerando discricionários os remanescentes, seguindo a lógica da teoria da certeza e verificando quais são as zonas de certeza positiva e negativa.

Partindo da informação obtida no caso concreto, a Administração depois pondera os vários interesses envolvidos e hierarquiza-os⁸⁵ determinando qual prevalece⁸⁶, e depois escolhe um ou alguns em detrimento dos restantes com base nessa mesma hierarquização⁸⁷. Este valor ou opção a escolher deve ser a melhor e a mais oportuna das disponíveis, mas enquadrada nos pressupostos que a limitam e orientam⁸⁸.

2.6.2. ADEQUAÇÃO AO FIM

Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos indicam também que o exercício da discricionariedade, ao prosseguir o interesse público, implica um teste de adequação que

⁷⁷ CORREIA, Sérvulo (1987), p. 482

⁷⁸ PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998b), p. 653

⁷⁹ PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998a), p. 41

⁸⁰ PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998b), p. 656

⁸¹ PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998b), p. 656, nota de rodapé 23

⁸² PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998b), p. 655

⁸³ DUARTE, David (1992), p. 93

⁸⁴ DUARTE, David (1992), p. 66; DUARTE, David (2008), p. 71 a 74.

⁸⁵ ALMEIDA, Mário Aroso de (2016), p. 309

⁸⁶ DUARTE, David (1992), p. 30

⁸⁷ AYALA, Bernardo Diniz (1995), p. 161.

⁸⁸ PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998b), p. 650.

tipicamente envolve a formulação de juízos de prognose fazendo estimativas acerca de situações futuras⁸⁹, similar àquele que integra o primeiro corolário do princípio da proporcionalidade.

No entanto, considera-se aqui que a adequação a esse interesse público ou fim é um pressuposto de qualquer opção discricionária válida que antecede a concretização da discricionariedade, invalidando o acto sempre que o fim não seja prosseguido.

2.6.3. CONCRETIZAÇÃO UNITÁRIA

Não obstante, segue-se aqui a posição de Lenio Luiz Streck, porque se reconhece que a divisão do tratamento da discricionariedade em operações estanques é fictícia⁹⁰ e sugere a adesão ao processo interpretativo clássico de compreender, interpretar e depois aplicar⁹¹.

No seu contexto real, a Administração é uma pessoa colectiva que é representada por humanos concretos. Assim sendo, são esses humanos que, ao interpretar, operam sob o círculo hermenêutico referido por Heidegger e Gadamer⁹², usando das suas pré-compreensões⁹³ implícitas já constituídas em segundo plano⁹⁴ pela tradição ou cultura histórica⁹⁵ à qual foram expostos e aderiram.

A decisão a tomar é já antecipada⁹⁶ pela visão do mundo detida pelo decisor, que ao interpretar está apenas a explicitar as condições pelas quais compreendeu⁹⁷ através de operações coincidentes⁹⁸.

As consequências desta perspectiva para o procedimento administrativo são:

i. a ideia de que o decisor administrativo não inova genuinamente na sua interpretação, pois apenas afirma aquilo que já foi moldado pelas pré-compreensões que adquiriu – se se

⁸⁹ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 189

⁹⁰ Assim como o tratamento do procedimento administrativo em divisões estanques, segundo DUARTE, David (2006), p. 437.

⁹¹ STRECK, Lenio Luiz (2008), p. 562; menciona-se também que embora seja teórica e logicamente apelativa, a perspectiva clássica do processo hermenêutico não apresenta como base uma comprovação empírica acerca de como se tomam decisões, ou seja, pode ser um mapa tecnicamente bem elaborado, mas que não corresponde à realidade.

⁹² STRECK, Lenio Luiz (2008), p. 563; GUIGNON, Charles (1993), p. 13

⁹³ STRECK, Lenio Luiz (2008), p. 566

⁹⁴ GUIGNON, Charles (1993), p. 191 a 194, 198

⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz (2008), p. 573; GUIGNON, Charles (1993), p. 120 e 198

⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz (2008), p. 573

⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz (2008), p. 582

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz (2008), p. 572

expressa em sentido discordante dos outros intérpretes, está apenas a manifestar as pré-compreensões diferentes que adquiriu;

ii. para a instrução, que quando determina a instrução face ao acto final a produzir, o decisor o faz usando as pré-compreensões para balizar quais os factos e o direito aplicável no caso concreto, o que significa que pode haver uma incongruência entre o que acredita tacitamente poder e dever fazer devido a essas pré-compreensões, e aquilo que efectivamente deve fazer;

iii. ainda na instrução, que são essas pré-compreensões que moldam qual será o objecto do procedimento, e como tal poderão calibrar a instrução no sentido desse objecto e não de outro;

iv. para a discricionariedade, que as opções que a Administração acredita ter são moldadas não só pela norma diante si, mas também pelas pré-compreensões que tem sobre o que o legislador lhe tem historicamente permitido fazer e tem intenção de permitir no presente e futuro;

v. ainda acerca da discricionariedade, que quando se concretiza ao extraírem-se elementos da situação concreta e verificarem-se quais são os interesses envolvidos, tanto estas selecções prévias como depois a opção que parece a melhor são moldadas pelas pré-compreensões, pelo que estas podem gerar a selecção de elementos que gerem soluções posteriores diferentes assim como perceberem como sendo a melhor opção uma que não o seja.

2.7. LIMITES

São apontados vários limites à discricionariedade⁹⁹, que ao mesmo tempo a guiam, e que se podem entender simultaneamente como elementos vinculados presentes nos mesmos actos discricionários a orientar e regular a decisão, mas que não atribuem liberdade à Administração. Eles são:

- a. o fim visado pela norma¹⁰⁰,
- b. o tipo de acto administrativo a praticar¹⁰¹,
- c. o caso concreto¹⁰²,
- d. o sujeito do procedimento¹⁰³,

⁹⁹ PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998a), p. 36; AYALA, Bernardo Diniz (1995), p. 173 a 183

¹⁰⁰ ALMEIDA, Mário Aroso de (2016), p. 309; COSTA, Henrique Rodrigues da (2010), p. 11; SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 202; SOARES, Rogério Ehrardt (1981), p. 187

¹⁰¹ ALMEIDA, Mário Aroso de (2016), p. 309

¹⁰² SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 202; DUARTE, David (1992), p. 13 e 14; DUARTE, David (2008), p. 58 a 60

- e. a forma do acto a praticar¹⁰⁴,
- f. os conceitos imprecisos utilizados na norma¹⁰⁵,
- g. a sua norma autorizadora¹⁰⁶ ou competência¹⁰⁷,
- h. os pressupostos de facto do caso¹⁰⁸,
- i. o conteúdo do acto¹⁰⁹,
- j. o objecto do procedimento¹¹⁰,
- k. as formalidades obrigatórias do procedimento¹¹¹,
- l. a estrutura hierárquica¹¹² ou interna¹¹³ da Administração,
- m. a autovinculação feita pela própria Administração¹¹⁴,
- n. o interesse público a prosseguir¹¹⁵,
- o. os direitos fundamentais presentes¹¹⁶,
- p. os princípios gerais da actividade administrativa¹¹⁷.

É também considerado um dever da Administração, e por isso um limite à discricionariedade, ela escolher a melhor solução jurídica para a questão que tiver em mãos¹¹⁸, apesar de essa ser ao mesmo tempo a característica central da discricionariedade – entendida assim naquela perspectiva referida de poder-dever¹¹⁹ - ao permitir uma escolha, mas não qualquer escolha.

¹⁰³ ALMEIDA, Mário Aroso de (2016), p. 312 e 313; SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 202; DUARTE, David (1992), p. 13 e 14

¹⁰⁴ Ibidem

¹⁰⁵ ALMEIDA, Mário Aroso de (2016), p. 312 e 313; PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998b), p. 683 e 684; SOARES, Rogério Ehrardt (1981), p. 187; sob a perspectiva segundo a qual os conceitos indeterminados vinculam a Administração.

¹⁰⁶ COSTA, Henrique Rodrigues da (2010), p. 11

¹⁰⁷ DUARTE, David (1992), p. 13 e 14

¹⁰⁸ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 202

¹⁰⁹ Ibidem

¹¹⁰ Ibidem

¹¹¹ Ibidem

¹¹² OTERO, Paulo (2007), p. 856; DUARTE, David (1992), p. 11, nota de rodapé 14; SOARES, Rogério Ehrardt (1981), p. 177;

¹¹³ SOUSA, António Francisco de (1994), p. 224

¹¹⁴ DUARTE, David (1992), p. 91; SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 199; AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 106;

¹¹⁵ DUARTE, David (2003), p. 40; PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998b), p. 654; ALMEIDA, Mário Aroso de (2016), p. 312 e 313

¹¹⁶ DUARTE, David (2006), p. 799

¹¹⁷ ALMEIDA, Mário Aroso de (2016), p. 309; AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 104 e 105; SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 203; CORREIA, Sérvulo (1987), p. 489; COSTA, Henrique Rodrigues da (2010), p. 12

¹¹⁸ PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998b), p. 653

¹¹⁹ Ver o Capítulo 2.1.3.

A afirmação de Freitas do Amaral de que é o aumento de elementos vinculados que contribui para um controlo efectivo do exercício do poder discricionário¹²⁰ sugere que quanto mais densificados estes elementos forem, mais protegido estará o particular.

2.8. CONTROLO POR PRINCÍPIOS

2.8.1. ORIENTAÇÃO E LIMITAÇÃO

Em geral, pode descrever-se a relação dos princípios com a discricionariedade através das funções orientadoras, limitadoras, e hermenêuticas dos princípios sobre a discricionariedade, isto é, os princípios indicam como a discricionariedade deve ser usada ou não, através da interpretação da discricionariedade guiada pelos princípios.

Segundo Bernardo Diniz Ayala, os princípios objectivam os critérios jurídicos de controlo do exercício do poder discricionário¹²¹, e David Duarte refere os princípios como sendo capazes de intensidade nas metódicas de controlo que potenciam¹²². Ficam assim posicionados os princípios como instrumentos jurídicos capazes de controlar intensamente o exercício do poder discricionário.

Note-se, no entanto, que não é apenas a vertente de controlo que os princípios oferecem, pois também são tidos como elementos que norteiam ou regem o exercício do poder discricionário¹²³, facultando instruções que ajudam a tomada de decisão.

Ao abarcar toda a actividade administrativa, incluindo o recurso às formas de direito privado, os princípios são omnipresentes e sempre aplicáveis, e desse modo conseguem a opção discricionária a tomar pela Administração, constituindo-se como um limite interno da mesma¹²⁴.

¹²⁰ AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 115

¹²¹ AYALA, Bernardo Diniz (1995), p. 228

¹²² DUARTE, David (1992), p. 15 e 16

¹²³ DUARTE, David (1992), p. 22 e 23; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital Martins (2007), p. 925; ALMEIDA, Mário Aroso de (2016), p. 55; CORREIA, Sérvulo (1987), p. 489

¹²⁴ PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998a), p. 36; PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998b), p. 650 e 690; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital Martins (2007), p. 921, 923; OLIVEIRA, Mário Esteves de; Et al (2010), p. 103; SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 189

2.8.2. COMPLEMENTAÇÃO

Como já referido, a doutrina indica que o tipo legal é complementado pela Administração, mas pode ser complementado através dos princípios, que ajudam a preencher a previsão da norma fornecendo os pressupostos adicionais e complementares à decisão¹²⁵.

Os princípios facultam deste modo critérios consistentes para a concretização das normas que atribuem discricionariedade, e às quais só se admitem excepções mediante situações de flagrante e manifesta inconstitucionalidade¹²⁶. No entanto, este tipo de controlo apresenta tanto maiores dificuldades quanto maior a liberdade conferida através da discricionariedade¹²⁷. Não obstante, ao facultar critérios de interpretação da norma, os princípios revelam uma grande utilidade face a normas contendo discricionariedade que estão, naturalmente, necessitadas dessa interpretação devido às opções nelas constantes.

Importante também é a consequência de a obediência da Administração aos princípios ser judicialmente sindicável¹²⁸, pois estes facultam critérios jurídicos de decisão controláveis pelo juiz, contribuindo para a eficácia e alargamento da fiscalização do exercício dos poderes discricionários¹²⁹. Consegue-se assim um controlo mediato da discricionariedade, através do controlo dos critérios de orientação que a rodeiam.

2.9. VINCULAÇÃO

A vinculação define-se como a obrigação da Administração a seguir uma conduta pré-definida que não lhe confere liberdade, apresentando-se assim como a outra parte da norma, junto à discricionariedade, devido a todos os actos serem simultaneamente discricionários e vinculados.

No que toca aos elementos que são vinculados nas normas, os que são sempre entendidos como vinculados em todos os actos são a competência e o fim do acto¹³⁰, coincidentemente os primeiros elementos vinculados a serem controlados judicialmente, mas os outros elementos

¹²⁵ PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998b), p. 657, 703, 704; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital Martins (2007), p. 922

¹²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital Martins (2007), p. 924

¹²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes (2003), p. 270

¹²⁸ SOARES, Rogério Ehrardt (1981), p. 191;

¹²⁹ AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 115; CAUPERS, João (2000), p. 80 e 81

¹³⁰ AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 87; DUARTE, David (1992), p. 13 e 14; AYALA, Bernardo Diniz (1995), p.183

também podem ser vinculados embora não o sejam sempre, como visto *supra*¹³¹, havendo uma flutuação consoante a norma de quais são os elementos vinculados e discricionários.

David Duarte entende que a norma superior que atribui a competência, um destes elementos vinculados omnipresentes, atribui também a discricionariedade¹³², conferido assim uma competência implícita, nas palavras de Bernardo Diniz Ayala¹³³. Mas prefere-se aqui uma atribuição de discricionariedade expressa e clara a uma implícita ou derivada da mera presença da competência.

2.9.1. AUTOVINCULAÇÃO

Por outro lado, a já referida autovinculação, ou seja, as normas elaboradas pela própria Administração sem o legislador lhas ter imposto, não deve reprimir a discricionariedade, podendo até ser inválida a norma autovinculante que impedir a ponderação das circunstâncias concretas sem se preencher a sua hipótese normativa, mas verificando-se os pressupostos da norma que confere a discricionariedade, por violação do princípio da imparcialidade¹³⁴ devido à não consideração de toda a informação relevante no procedimento.

A norma autovinculante consegue, no entanto, evitar suprimir indevidamente a discricionariedade se consistir apenas em condições acrescidas à discricionariedade, ao invés de determinar condições exclusivas para a aplicação do efeito da norma¹³⁵, embora qualquer fenómeno de natureza autovinculante possa implicar uma preterição das exigências de ponderação global¹³⁶ no uso da discricionariedade, visto que a Administração fica adstrita à tal conduta que pré-definiu sem mais ponderações. O importante será que a autovinculação não constitua uma fuga à discricionariedade¹³⁷.

Acresce que, assim como a mudança de critérios discricionários tem que ser fundamentada, também a abdicação de orientações autovinculadas gera a necessidade de fundamentação¹³⁸, sob pena de violação do princípio da igualdade devido a casos iguais estarem a ser tratados de forma diferente.

¹³¹ Ver o Capítulo 2.7.

¹³² DUARTE, David (1992), p. 22 e 23

¹³³ AYALA, Bernardo Diniz (1995), p. 250

¹³⁴ DUARTE, David (1992), p. 96

¹³⁵ DUARTE, David (1997), p. 9 e 10;

¹³⁶ DUARTE, David (1992), p. 87

¹³⁷ AYALA, Bernardo Diniz (1995), p. 174 e 175

¹³⁸ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 200; AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 106; OTERO, Paulo (2007), p. 284, 288 e 915

Entende-se aqui que a autovinculação é uma boa forma de densificar a discricionariedade, cumprindo a mesma função que os regulamentos concretizadores de normas mais gerais cumprem, com a diferença de especificarem ainda mais as situações envolvidas e as ponderações a fazer.

2.10. SINDICABILIDADE JUDICIAL

Debate-se até hoje o controlo judicial do exercício da discricionariedade administrativa, ou seja, discute-se se o tribunal pode controlar os actos nos quais foi atribuída significativa liberdade para decidir à Administração. O enquadramento deste debate em cada lado reconhece que a Administração está obrigada a respeitar os princípios gerais da Administração e as restantes vinculações legais, mas nem sempre é reconhecida eficácia a esse dever atribuindo efectivas consequências negativas ao seu incumprimento mediante uma condenação judicial.

Os argumentos esgrimidos acerca do controlo judicial da discricionariedade dividem-se como sendo contra e a favor, ainda que os vários autores por vezes adoptem posições intermédias – considerando-se aqui esses argumentos a favor de um controlo parcial como argumentos contra a sindicabilidade, pois permitir apenas o controlo de parte do acto é ainda impedir o controlo do remanescente. Podem também descrever-se os argumentos como incidindo sobre a capacidade e obrigação do tribunal, sendo a favor as posições que dizem que o tribunal consegue e deve controlar este tipo de actos, e contra as posições inversas que defendem a incapacidade e ausência de legitimidade do tribunal para controlar tais actos.

2.10.1. ARGUMENTOS CONTRA A SINDICABILIDADE

Nos argumentos contra a sindicabilidade judicial dos actos discricionários encontram-se¹³⁹:

- a. o grau da discricionariedade, que determina a intensidade do seu controlo¹⁴⁰;
- b. o mérito da decisão discricionária, englobando a apreciação do bem fundado da decisão, abarcando a ideia de justiça (harmonia entre o interesse público a prosseguir e os direitos dos particulares afectados) e conveniência (harmonia entre o interesse público a prosseguir e os demais interesses públicos afectados)¹⁴¹; ou numa outra perspectiva semelhante, o mérito abarca a oportunidade (a utilidade da decisão face à prossecução do interesse público

¹³⁹ Embora haja quem já os tenha enumerado: AYALA, Bernardo Diniz (1995), p. 85 a 97

¹⁴⁰ PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998b), p. 677 e 678

¹⁴¹ AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 108 e 109

legalmente definido) e conveniência (a utilidade da decisão face aos demais interesses públicos envolvidos)¹⁴² da decisão¹⁴³;

c. a presença de uma forte componente política na discricionariedade que está fora do âmbito daquilo que é controlável em tribunal¹⁴⁴;

d. a orientação do procedimento administrativo para a satisfação do interesse público e harmonia entre o interesse público principal e secundários, contrastando com o princípio motor do processo administrativo, a tutela jurisdicional efectiva¹⁴⁵;

e. a Administração fazer ponderações próprias que poderiam ser invadidas e valoradas pelo Tribunal se este fizesse a reconstrução hipotética do percurso procedimental ao controlar a discricionariedade¹⁴⁶;

f. o enquadramento completo de todos os interesses relevantes feito pela Administração no procedimento, distinguindo-se da posição do juiz que é alheia à satisfação de interesses que não sejam o da realização do Direito¹⁴⁷;

g. a discricionariedade ser concedida por vontade do legislador, devido a este entender que o interesse público é mais bem prosseguido se a última palavra decisória pertencer à Administração, que está na melhor posição para tomar a decisão, escapando ao juiz o material necessário à decisão assim como as considerações atinentes ao mérito¹⁴⁸;

h. só não haver controlo jurisdicional quando a lei expressamente o disser, ou a natureza do controlo assim o impuser¹⁴⁹,

i. a liberdade natural da Administração adveniente da ideia de que tudo aquilo em que a lei não fixa o conteúdo do acto estar remetido para essa liberdade¹⁵⁰;

j. haver uma delegação legislativa do poder de decisão na Administração¹⁵¹ que assim constitui a discricionariedade;

¹⁴² SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 185;

¹⁴³ CAUPERS, João (2000), p. 71 e 72; PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998a), p. 38. Admitindo a ausência de fiscalização jurisdicional apenas excepcionalmente e defendendo que em caso de dúvida se deva optar pela fiscalização, DUARTE, Maria Luísa (1987), p. 39 a 41.

¹⁴⁴ ALVES, Simone Lemos (2007), p. 17 e 18. No sentido contrário, indicando que a liberdade de actuação não significa que essa actuação tenha natureza política, SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 183.

¹⁴⁵ CORREIA, Sérvulo (2010), p. 140; AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 109

¹⁴⁶ RAMALHO, Inês Pires (2011), p. 210; PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998a), p. 39

¹⁴⁷ OLIVEIRA, Mário Esteves de; Et al (2010), p. 414; AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 109

¹⁴⁸ CORREIA, Sérvulo (1987), p. 486 e 489; CAUPERS, João (2000), p. 70; SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 185 e 186; PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998b), p. 657 a 659

¹⁴⁹ SAMBO, José Eduardo (1992), p. 30

¹⁵⁰ SOARES, Rogério Ehrardt (1981), p. 175

¹⁵¹ PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998b), p. 664

k. existir uma reserva a favor da Administração na qual os tribunais não podem interferir, representada aqui pela discricionariedade enquanto valoração administrativa qualificada e insubstituível¹⁵²;

l. o juiz estar impedido de afectar a essência da autonomia da Administração, que constitui o núcleo essencial da discricionariedade¹⁵³;

m. o próprio ordenamento jurídico recusar a subordinação total da Administração ao legislador e ao juiz¹⁵⁴, mantendo assim uma esfera discricionária para aquela;

n. o sentido da própria concessão de discricionariedade, que seria perdido se o poder judiciário estivesse apto a controlar qual das alternativas legais possíveis a administração deve escolher¹⁵⁵;

o. a responsabilização pelos resultados da decisão discricionária tomada¹⁵⁶, responsabilização essa a cuja incidência os tribunais se consideram furtados¹⁵⁷;

p. a discricionariedade já ter limites internos que condicionam a escolha a fazer, e respeitar vinculações normativas em relação aos quais se afere o seu respeito pelas mesmas, permitindo-se um controlo apenas na medida em que tenha havido a violação de um parâmetro de conformidade jurídica¹⁵⁸;

q. embora nas mesmas circunstâncias, um decisor diferente poder optar por uma solução diferente de entre as que são disponibilizadas pela discricionariedade¹⁵⁹, o que manifesta a subjectividade da posição do decisor;

r. a personalidade do juiz, que na perspectiva segundo a qual as decisões judiciais são o produto de factores individuais que fazem parte da personalidade dos juízes, se apresenta como um facto de condicionamento em relação aos factos que são considerados como provados ou não¹⁶⁰,

¹⁵² CORREIA, Sérvulo (1987), p. 487; PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998a), p. 39; AYALA, Bernardo Diniz (1995), p. 83-99

¹⁵³ AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 21

¹⁵⁴ CORREIA, Sérvulo (1987), p. 488 e 489

¹⁵⁵ COSTA, Henrique Rodrigues da (2010), p. 12

¹⁵⁶ PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998b), p. 676

¹⁵⁷ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 185 e 186

¹⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital Martins (2007), p. 924 e 925; SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 138 e 185. Referindo que os conceitos indeterminados só serão irreversíveis pelo Tribunal quando não incidam sobre ele limites internos de discricionariedade, DUARTE, David (1992), p. 37.

¹⁵⁹ PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998b), p. 654

¹⁶⁰ LAMEGO, José (2016), p. 99

s. o princípio da separação de poderes que determina a existência de uma fronteira entre a função administrativa e a função judicial¹⁶¹.

2.10.2. ARGUMENTOS A FAVOR DA SINDICABILIDADE

A favor da sindicabilidade judicial dos actos discricionários apontam-se:

t. o controlo ser possível quando há um erro manifesto, em que é claro que o critério administrativo é desacertado e inadmissível¹⁶² – e que pode redundar no desrespeito do corolário da adequação do princípio da proporcionalidade¹⁶³;

u. a discricionariedade técnica conseguiu controlar-se¹⁶⁴, pelo que aqui se adianta que a discricionariedade normal terá a mesma capacidade;

v. segundo o princípio do aproveitamento do acto, a decisão que pudesse ter sido diferente, na ausência da ilegalidade procedimental verificada, pode ser anulada quando acto tem conteúdo discricionário¹⁶⁵;

w. a interpretação jurídica, e a interpretação e aplicação de conceitos legais indeterminados ser uma actividade vinculada¹⁶⁶ e consequentemente jurisdicionalmente controlável¹⁶⁷, podendo reconduzir-se a questão da discricionariedade a um problema de interpretação normativa¹⁶⁸;

x. a discricionariedade já ser controlável jurisdicionalmente¹⁶⁹ através dos elementos vinculados como a competência atribuída, o fim a prosseguir, as formas a respeitar pelo acto, os vícios da vontade, e os princípios¹⁷⁰;

y. o controlo judicial oferecer mais garantias do que a mera atribuição da última palavra à Administração¹⁷¹;

z. o titular de um direito fundamental dever ter uma garantia da sua defesa ao invés de este ficar na disposição da Administração¹⁷², segundo a noção de que a cada direito deve corresponder uma forma de defesa do mesmo¹⁷³;

¹⁶¹ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 193; AYALA, Bernardo Diniz (1995), p. 86 e 87; OTERO, Paulo (2007), p. 169, 287 e 323

¹⁶² DUARTE, Maria Luísa (1987), p. 35;

¹⁶³ AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 94

¹⁶⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 188 e ALVES, Simone Lemos (2007), p. 10 para a evolução do controlo da discricionariedade técnica.

¹⁶⁵ CORREIA, Sérvulo (2010), p. 104

¹⁶⁶ CAUPERS, João (2000), p. 71; OTERO, Paulo (2007), p.162; STRECK, Lenio Luiz (2008), p. 562 e seguintes

¹⁶⁷ SOUSA, António Francisco de (1994), p. 224;

¹⁶⁸ Ehmke, Rupp e Forsthoff APUD COSTA, Henrique Rodrigues da (2010), p. 14;

¹⁶⁹ AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 98, 113 e 114

¹⁷⁰ Essencialmente, os elementos já indicados como vinculados, enumerados nos Capítulos 2.7. e também 2.9.

¹⁷¹ SOUSA, António Francisco de (1994), p. 240

aa. o princípio da tutela jurisdicional efectiva dever prevalecer sobre o princípio da economia processual¹⁷⁴, contrastando com a economia de não controlar a discricionariedade;

bb. o decisor administrativo poder ser parcial ao tomar as decisões e até poder não ser um jurista¹⁷⁵;

cc. o princípio da vinculação do juiz à lei não dever ser entendido como função meramente descritiva ou subsuntiva, devendo o mesmo desenvolver todos os mecanismos ao seu alcance no sentido do apuramento da única decisão certa¹⁷⁶, visto que está vinculado à lei e o sistema jurídico não é tão consistente e completo que consiga dar resposta a todas as situações¹⁷⁷;

dd. a discricionariedade ser um momento criativo regido por princípios¹⁷⁸ que orientam o seu exercício¹⁷⁹.

2.10.3. ANÁLISE

É notável enumerarem-se mais argumentos contra ou parcialmente a favor do que plenamente a favor, mas entenda-se isso não como uma indicação de que a posição a favor estará incorrecta, mas sim como um sintoma de que a violação do princípio da tutela jurisdicional efectiva num contexto de Estado de Direito procura ter uma fundamentação qualificada.

Analise-se então os argumentos.

2.10.3.1. ARGUMENTOS CONTRA A SINDICABILIDADE

Entre os argumentos contra a sindicabilidade vislumbram-se três grandes veios de fundamentos: a separação de poderes, a subjectividade e o inefável.

2.10.3.1.1. SEPARAÇÃO DE PODERES

Os argumentos enumerados de **g.** a **o.** conseguem ser todos enquadrados no contexto daquele referido em **s.**, a separação de poderes, visto que ao referirem a vontade do legislador, um poder específico da administração, e a própria forma de distribuição de funções estaduais, têm a estrutura e organização do Estado como base à qual todos se reconduzem.

¹⁷² SOARES, Rogério Ehrardt (1981), p. 186; OTERO, Paulo (2016), p. 396 e 397

¹⁷³ OTERO, Paulo (2016), p. 396 e 397;

¹⁷⁴ AMORIM, João Pacheco de (2010), p. 26

¹⁷⁵ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 137

¹⁷⁶ SOUSA, António Francisco de (1994), p. 225; OTERO, Paulo (2007), p. 161

¹⁷⁷ LAMEGO, José (2016), p. 291;

¹⁷⁸ CORREIA, Sérvulo (1987), p. 489

¹⁷⁹ Ver Capítulo 2.8.

É certo que quanto à separação de poderes, já se menciona que os pontos de apoio do seu fundamento originário não têm paralelo actual¹⁸⁰, que o esbatimento de fronteiras entre as funções incitou o desuso de uma diferenciação material entre elas¹⁸¹, sobrando por isso a diferenciação formal para utilização, e que talvez a separação de poderes possa ser actualizada para uma noção de interdependência de poderes¹⁸².

Mas o ponto fulcral será talvez questionar se uma divisão de funções do Estado que tenha como resultado a violação do princípio da tutela jurisdicional efectiva, e deixe o particular sem recurso judicial de decisões administrativas é em si mesma uma arquitectura funcional desejável ou legítima.

Crê-se aqui que não, posto que é este tipo de resultado deve ser evitado, ao invés de alimentado, pela distribuição das funções estaduais, e que se o particular não pode reagir mas somente acatar¹⁸³, situação em que fica sempre que a Administração pratica um acto discricionário do qual não há recurso judicial, dificilmente se poderá sequer falar de uma legitimidade ganha através do procedimento.

Além disso, se o argumento se reconduzir ao seu elemento mais formal de que é a estrutura estabelecida no ordenamento jurídico, o contra-argumento mais simples é o de que a estrutura pode mudar-se.

No entanto, esta linha de fundamentação de algum modo desvia a atenção do problema central, que é o particular ter de obedecer a uma decisão imposta unilateralmente sem poder reagir, tentando focar-se na questão de os tribunais deverem ter ou não competência para apreciar estas questões, distanciando assim à partida a consideração de outras soluções baseadas na tutela jurisdicional efectiva.

2.10.3.1.2. SUBJECTIVIDADE

Os argumentos referidos em **q.** e **r.** podem ser enquadrados na alegação de subjectividade, pois postulam que basta ser um sujeito diverso (nestes casos, o juiz) a intervir para a decisão poder ser diferente.

¹⁸⁰ DUARTE, David (1992), p. 24

¹⁸¹ CORREIA, Sérvulo (2010), p. 164

¹⁸² DUARTE, Maria Luísa (1987), p. 36

¹⁸³ Entende-se aqui uma segunda instância ou recurso sempre como judicial, pois as garantias administrativas de recurso hierárquico e reclamação analisadas pela própria Administração têm subjacente a questão enumerada pelo argumento **bb.**, enquanto o tribunal é sempre uma entidade diversa da que decidiu e jamais é parte interessada na causa.

Na alegação de subjectividade, se se aceita que uma decisão de um juiz tem sempre presente um elemento de subjectividade, então tem que se aceitar que a pessoa em representação da Administração também a terá visto que basta haver um decisor humano para essa subjectividade ser convocada, pelo que o que no fundo se defende com este argumento é a primazia da subjectividade da Administração sobre a do juiz.

Tal seria de rejeitar, visto que se o tribunal prossegue a legalidade e a Administração o interesse público, e vivendo nós um Estado de Direito, se deveria sobrepor a legalidade ao interesse colectivo alegadamente¹⁸⁴ representado e prosseguido pela Administração.

Acresce que dizer que o juiz tem como objectivo a realização do Direito enquanto a Administração tem como objectivo prosseguir o interesse público de alguma forma diminui a ideia de que a norma defronte a Administração e o juiz é a mesma, e sendo uma norma de Direito Público, o interesse público nela prosseguido dela constará, mesmo que implicitamente, sendo susceptível de ser revelado pelo tribunal.

No entanto, não se adere aqui a concepções de subjectividade, vendo-se o decisor como um resultado das pré-compreensões às quais foi exposto através do seu contexto objectivo, como já referido¹⁸⁵. Se há uma variabilidade entre decisões relativas a procedimentos administrativos consoante sejam tomadas por funcionários e dirigentes da Administração ou por juízes, tal tem de ser, necessariamente, um resultado dessas mesmas pré-compreensões moldadas objectivamente.

Os limites internos da discricionariedade mencionados em **p.** dificilmente apresentam uma justificação para a falta de controlo da discricionariedade, pois sempre que estes limites estão ausentes ou são atenuados a situação de falta de controlo sobre os elementos restantes volta a colocar-se, e quando os limites internos de facto estão presentes não bastam para inibir a falta de sindicabilidade, podendo ter critérios de prova e exequibilidade tão exigentes que se tornam ineficientes, como ocorreu com o instituto do desvio de poder.

2.10.3.1.3. O CONTRIBUTO INSUBSTITUÍVEL DA ADMINISTRAÇÃO

Por fim, os argumentos mencionados de **a.** a **f.** referentes ao grau, mérito, componente política e interesse público da decisão discricionária, podem ser aqui enquadrados como

¹⁸⁴ Se a Administração fosse a representante dos interesses colectivos, assim como o Parlamento, a coincidência entre o que o Parlamento legisla e a Administração interpreta seria total, pois ambas as instituições representariam e prosseguiriam os mesmos interesses colectivos.

¹⁸⁵ Ver o Capítulo 2.6.

argumentos alegando que a decisão da Administração é incomparável, visto que sugerem que o contributo da Administração é tão singular e único que nenhuma outra entidade o consegue reproduzir correctamente.

Isto reflecte-se na terminologia utilizada, ao referir-se que é uma questão de mérito, grau, política ou de interesse público – todas expressões a sugerir a existência de um plano superior ao da legalidade.

É impossível reconstruir as ponderações feitas pela Administração? Ou fazer melhores ponderações? Que critérios são estes que as outras entidades não conseguem igualar?

As expressões utilizadas apontam para a existência de um factor político, e há que questionar por que motivo a legalidade haveria de nem ser avaliada apenas por estarem presentes critérios dessa índole, como a “conveniência” da prática de um acto face à gestão da imagem pública de órgãos e serviços administrativos, ou o “grau” de prossecução de programas políticos consoante a proximidade do fim do ciclo eleitoral, ou o “interesse público” que tem que ser ponderado ouvindo um parceiro social.

Impedir o controlo das decisões sempre que a discricionariedade está presente apenas é um bom argumento num contexto no qual a legalidade só tem um valor residual – em que a legalidade só vale na ausência de interesses políticos -, sendo que o uso deste tipo de argumentos tem a capacidade de prejudicar qualquer cidadão ao qual seja dirigida uma decisão discricionária da qual discorde sem nada poder fazer. A utilização destas expressões tem mero valor decorativo, que, no entanto, são utilizadas como obstáculo aos cidadãos poderem ver os seus direitos defendidos.

Entende-se aqui que perante a vigência do princípio de Estado de Direito, não há motivos que justifiquem a negação de legalidade a favor de qualquer outro critério, e que se se admitir que há uma dificuldade em cumprir com a sindicabilidade da discricionariedade, o caminho a trilhar não deve ser o de fundamentar a insindicabilidade, mas sim de procurar ultrapassá-la – e tal é possível, como se observa nas jurisdições de common law¹⁸⁶.

¹⁸⁶ O argumento apresentado contra esta comparação é o de que naqueles sistemas jurídicos os juízes são eleitos, e como tal os cidadãos escolhem o tipo de influências “subjectivas” a incidir sobre as decisões judiciais. É um argumento problemático porque na nossa Administração Central e Indirecta, nenhum dos dirigentes é eleito directamente, nem os funcionários, sendo questionável que tenham a chamada legitimidade democrática, principalmente quando ela advém de indigações em governos minoritários, ou de uma cadeia de nomeações e delegações de poderes sucessivas, ao invés de derivar directamente dos resultados de uma eleição.

Veja-se também a mais recente reforma do CPTA, formalmente cristalizando no artigo 3º a impossibilidade de os tribunais administrativos julgarem a “conveniência ou oportunidade” da actuação administrativa, perspectiva que na prática já era largamente cumprida pelos próprios tribunais, mas que ao ser consagrada legislativamente representa um retrocesso face ao regime anterior, no qual alguns juízes ainda faziam uso da possibilidade de controlar este tipo de decisões.

Entenda-se a presença de discricionariedade como uma porta aberta a decisões injustas, e a sua mera existência servirá então como fundamento de um controlo mais apertado, ao invés de justificar a ausência deste controlo, como tem sido feito até agora.

2.10.3.2. ARGUMENTOS A FAVOR

Entre os argumentos a favor da sindicabilidade conseguem distinguir-se vários autonomamente.

2.10.3.2.1. ERRO MANIFESTO

Em **t.** enuncia-se a doutrina do erro manifesto, que defende o controlo às decisões cuja irrazoabilidade seja óbvia, teoria gémea ao princípio da proporcionalidade. É parcialmente a favor visto que ao restringir o controlo a estas situações exclui aquelas cujo erro tenha menor magnitude.

2.10.3.2.2. DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA

Refere-se o fenómeno da discricionariedade técnica em **u.**, e tendo em consideração que se conseguiu densificar o seu conteúdo e trazer as decisões com discricionariedade técnica a escrutínio, utilize-se aqui essa solução como base para fundamentar que a discricionariedade em geral também consegue ser densificada.

A anulabilidade do acto de conteúdo discricionário se a decisão pudesse ter sido diferente mediante a ausência da ilegalidade procedimental que o inquina, mencionada em **v.**, foi defendida em 2010, mas crê-se aqui ser defensável ainda hoje, não obstante a reforma do CPA entretanto ocorrida. Entendendo-se aqui que a supressão de momentos procedimentais devidos deve ser punida, cumprindo-se a função “educativa” da jurisprudência – e não meramente nos casos enunciados no artigo 163º do CPA, pois embora se compreenda a funcionalidade e eficiência procurados com o aproveitamento do acto¹⁸⁷ nestas situações, eles

¹⁸⁷ Ver o Capítulo 3.8.

na prática incentivam a Administração a suprimir esses momentos procedimentais apenas porque pode e obtém poupanças com isso sem sanção, como parece ocorrer perante todas e quaisquer normas cujo cumprimento meramente se pede, sem ser forçado dotando o seu incumprimento de consequências negativas (o chamado *soft law*).

2.10.3.2.3. INTERPRETAÇÃO COMO ACTIVIDADE VINCULADA

O argumento de que a interpretação é uma actividade vinculada ao qual se alude em **w.** é interessante na medida em que combate a alegação de subjectividade contra a sindicabilidade, e transforma uma capacidade comum a todos os juristas em algo que pode ser, em si mesmo, controlável.

Não obstante aqui se pense que talvez deva haver uma hermenêutica diferenciada consoante o ramo de Direito em questão, e as normas do Código Civil sobre interpretação devam passar a ter um alcance mais limitado¹⁸⁸, é relativamente simples rejeitar interpretações extensivas ou sem base nos elementos literais da norma, o que ajuda a considerar que a interpretação é controlável.

2.10.3.2.4. TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

Os argumentos referidos de **x.** a **aa.** relacionam-se com o princípio da tutela jurisdiccional efectiva, pois todos indicam motivos que apontam para o controlo judicial, quer sejam mais ou menos restritos.

Aceita-se aqui que todos os direitos devam ter uma forma de protecção, mas entende-se que isso é extensível a direitos e interesses legalmente protegidos afectados por actos discricionários da Administração.

Rejeitam-se também restrições a tal controlo, pois não se vislumbra como possa haver um Estado de Direito sem os particulares terem a possibilidade de se defenderem desse Estado. O Direito Administrativo é um ramo de Direito com especial apetência para requerer uma mediação em todos os casos, pois opõe partes com poderes de magnitudes muito desequilibradas – nos actos discricionários, a capacidade de impor decisões unilateralmente e a alegada representação dos interesses do colectivo da Administração, face à mera obediência e possibilidade de impugnação graciosa do particular – e negar à partida essa ponderação por uma entidade exterior à causa é de certo modo impedir que o Estado de Direito se efective,

¹⁸⁸ Ver OTERO, Paulo (2007), p. 586 e 587 que defende a sua aplicação a todos os ramos de direito

mesmo alegando dificuldades logísticas ou técnicas como fundamento para justificar esse impedimento.

2.10.3.2.5. SUBJECTIVIDADE

Já há quem aponte o argumento da subjectividade a favor da sindicabilidade, conforme enunciado nos argumentos **bb.** e **cc.**, e é curioso que o mesmo argumento se esgrima tanto a favor como contra o controlo judicial.

Quando é apontado contra o controlo judicial, é indicado que é problemático o juiz decidir e que a sua intervenção fará a decisão ser diferente, enquanto quando é referido a favor é apontado que os funcionários públicos a decidir podem ser parciais, e o que o papel do juiz não deve ser limitado a uma função meramente descritiva sem qualquer criatividade.

É que a parcialidade da Administração e a falta de criatividade do juiz são atalhos directos para se obter e sedimentar uma decisão injusta, enquanto a possibilidade de a decisão judicial ser diferente, perante uma decisão injusta da Administração, tem a capacidade de ser benéfica, devendo ser por isso aceitável.

2.10.3.2.6. PRINCÍPIOS

O argumento final indicado em **dd.**, já referido¹⁸⁹, aponta para os princípios jurídicos como elementos que orientam a discricionariade, e como tal, podem ter a capacidade de orientar não só a Administração, mas também o juiz ao fazer o controlo da decisão discricionária da Administração.

¹⁸⁹ Ver o Capítulo 2.8.

3. INSTRUÇÃO

3.1. DEFINIÇÃO

3.1.1. EVENTUALIDADE

No âmbito da instrução, há que apontar antes de mais que esta pode não seguir o procedimento previsto no Código de Procedimento Administrativo, se a Administração seguir directivas autovinculativas para estruturar o processo, ou celebrar um acordo endoprocedimental¹⁹⁰ (artigo 57º). Aqui vai analisar-se o procedimento nos casos em que se segue a sequência ou as opções procedimentais ditadas no CPA, pois a autovinculação e os acordos endoprocedimentais ditam regras próprias para situações concretas que escapam ao âmbito desta investigação.

Mas há que reconhecer também a questão prévia que consiste na perspectiva segundo a qual é impossível distinguir a questão de facto da questão de direito¹⁹¹, assim como outra que considera fictícia a divisão do conteúdo procedimental em fases estanques¹⁹². A acepção de instrução adoptada na presente investigação encara principalmente a discricionariedade instrutória presente no procedimento administrativo, não olhando para a fase estrita em que ela se encontra.

3.1.2. FACTOS E DIREITO

Na doutrina encontram-se referências à definição de fase instrutória como aquela em que se procede à recolha e tratamento de factos indispensáveis à decisão em Freitas do Amaral, João Caupers e Fausto de Quadros et al.¹⁹³, mas Mário Esteves de Oliveira e David Duarte já associam a fase instrutória simultaneamente à actividade de conhecer o Direito aplicável¹⁹⁴.

Ao recolher os factos e o Direito aplicável, a Administração irá ao mesmo tempo ponderar os interesses envolvidos na decisão a tomar assim como os efeitos desta sobre outros interesses¹⁹⁵, sendo que a própria identificação desses interesses, assim como a selecção dos meios de prova e factos relevantes terá já em consideração quais as normas jurídicas a que o

¹⁹⁰ OTERO, Paulo (2007), p. 855 e 860

¹⁹¹ Castanheira Neves APUD LAMEGO, José (2016), p. 163

¹⁹² DUARTE, David (2006), p. 437

¹⁹³ AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 352 e 353; CAUPERS, João (2000), p. 150; QUADROS, Fausto de; Et al (1994), p. 481

¹⁹⁴ DUARTE, David (2006), p. 432 a 434; OLIVEIRA, Mário Esteves de; Et al (2010), p. 413

¹⁹⁵ ALMEIDA, Mário Aroso de (2016), p. 112; OLIVEIRA, Mário Esteves de; Et al (2010), p. 413

caso concreto se subsume, filtrando o objecto do procedimento através das referidas pré-compreensões do círculo hermenêutico.

No que toca à recolha da prova, entende-se que embora a instrução trate das diligências de prova¹⁹⁶, ela pode também consistir num só parecer de um perito ou numa informação da Administração¹⁹⁷. No entanto, aqui adere-se a uma concepção de instrução ampla, que engloba toda a preparação da decisão final a tomar, quer seja necessária uma análise jurídica ou factual para tal, desde que se inicia o procedimento e até que a decisão final seja proferida.

Há que notar que, no passado e em sentido contrário, a definição de instrução proposta por Pedro Machete¹⁹⁸, ao ser tomada num sentido estrito de recolha de factos, foi apontada como motivo para negar o escrutínio judicial de decisões administrativas, quando apenas se tivesse tomado uma decisão jurídica no procedimento sem se ter recolhido prova, alegando-se que nesse caso não teria havido instrução, e conseqüentemente era desnecessário ouvir os interessados, não sendo a ausência de audiência invalidante. Entretanto o reconhecimento de um direito de participação no procedimento aos interessados, assim como a admissão de que se faz uma selecção do direito aplicável na instrução atenuou esta perspectiva significativamente.

3.2. SUJEITOS

Acerca dos sujeitos que procedem à instrução, eles são a Administração e os particulares envolvidos.

Mencione-se no entanto que embora a instrução seja um dever da Administração,¹⁹⁹ e esta seja o seu principal sujeito, ela também pode ser um dever para o interessado se o mesmo tiver o monopólio da prova que é necessária ao procedimento²⁰⁰.

Além da Administração e do interessado, podem participar no procedimento peritos, assim como outras entidades administrativas auxiliares, embora não se considerem necessariamente partes da relação jurídica em questão.

¹⁹⁶ RAMALHO, Inês Pires (2011), p. 210, Nota de rodapé 82

¹⁹⁷ MACHETE, Pedro (1998), p. 9

¹⁹⁸ MACHETE, Pedro (1998), p. 15

¹⁹⁹ OLIVEIRA, Mário Esteves de; Et al (2010), p. 414;

²⁰⁰ OLIVEIRA, Mário Esteves de; Et al (2010), p. 423

3.3. ENCARGOS

A regra acerca dos encargos do procedimento é a de que são suportados pelo particular, devido à gratuidade meramente tendencial agora consagrada no artigo 15º do CPA. Se a prova for pedida pelo interessado, ou for necessária ao processo, o encargo é debitado ao interessado²⁰¹.

Continua a estabelecer-se uma possibilidade de isenção parcial ou total para interessados em situação de insuficiência económica, mas foi alterada a regra do procedimento, anteriormente gratuito (artigo 11º do CPA anterior), para um procedimento que agora é apenas tendencialmente gratuito. A questão é que, ao salvaguardar apenas as situações de insuficiência económica, nada diz quanto a procedimentos administrativos envolvendo meios de recolha de prova dispendiosos perante cidadãos sem tal insuficiência económica.

Veja-se que a própria aferição da insuficiência económica terá critérios estritos para se verificar, e que é possível que um interessado de recursos económicos medianos possa ver-se confrontado com um procedimento administrativo, que até pode ter tido iniciativa oficiosa, e que acarreta uma recolha de provas tão dispendiosa que não consegue fazer face à mesma, contraindo involuntariamente uma dívida inesperada perante a administração, que pode até não justificar os seus custos face ao benefício do procedimento para o interessado concreto.

Por outras palavras, a protecção dos casos de insuficiência económica do interessado não acautela por si só a proporcionalidade dos custos da recolha dos meios de prova da instrução, e estes devem aferir-se sempre à luz desse princípio, pelo menos até se fazer uma revisão da norma que dite uma tendência segundo a qual apenas os procedimentos de iniciativa particular podem imputar eventuais custos avultados na recolha de prova aos particulares.

3.4. LOCAL DE PRESTAÇÃO DE PROVA

Quanto ao local da prestação da prova em concreto, segundo Mário Esteves de Oliveira et al., admite-se que o particular faça prova perante entidades administrativas diferentes da instrutória, nas situações de dificuldade ou desnecessidade de deslocação caso resida em município diferente²⁰². Além disso, reconhece-se que a Administração tem tido práticas segundo as quais pede provas aos particulares, quando as pode obter mais expeditamente através da cooperação com outros organismos públicos²⁰³ no âmbito do auxílio administrativo

²⁰¹ OLIVEIRA, Mário Esteves de; Et al (2010), p. 436

²⁰² OLIVEIRA, Mário Esteves de; Et al (2010), p. 429

²⁰³ QUADROS, Fausto de; Et al (1994), p. 481; OLIVEIRA, Mário Esteves de; Et al (2010), p. 426 e 427

(artigo 66º). Entende-se por isto que a Administração apenas deve pedir provas que não consiga obter por si mesma, conforme já consagrado legalmente, e abandonar tais práticas.

Saliente-se também que a prova a pedir não deve causar lesão ao interessado²⁰⁴ (artigo 117º), o que indicia que a mera instrução tem a capacidade de ser prejudicial ao interessado, o que, e recordando a possibilidade de a instrução ter custos significativos para o particular, indicia que esta fase procedimental tem um impacto na esfera do particular e na decisão final que ultrapassa os confins que lhe são tradicionalmente traçados.

3.5. PARECERES

Refira-se também que a instrução, ao poder incluir pareceres, envolve os peritos que os emitem, que estão por isso sujeitos aos regimes de impedimentos, escusas e suspeições a que estão adstritos os funcionários da própria Administração²⁰⁵.

Acerca dos pareceres mencione-se apenas que se discorda da falta de consequências da ausência do parecer obrigatório mas não vinculativo (artigo 92º, 5)), pois embora se entenda que o parecer tem a capacidade de atrasar significativamente o procedimento, se compreende que, se o parecer é pedido, é porque a informação técnica lá constante é importante para a tomada de decisão²⁰⁶, que consequentemente fica viciada de parcialidade ao não tomar em conta os factos relevantes.

Se a demora do parecer tem sido um flagelo, a tomada de decisões tecnicamente incorrectas tem um prejuízo potencial muito maior, pelo que a solução para estas dilações no procedimento dada pelo legislador não deveria ter sido simplesmente não atribuir consequências à falta do parecer, mas sim encontrar outras formas de este ser obtido mais rapidamente, ou até restringir a sua presença às situações em que realmente faz diferença para a tomada da decisão final.

3.6. FUNDAMENTAÇÃO DO ACTO

É a fundamentação do acto administrativo (artigo 152º do CPA) que, ao consistir na explicitação das razões e das ponderações feitas pela Administração, permite a reconstituição do itinerário percorrido por aquela ao tomar a decisão²⁰⁷ e ao densificar a

²⁰⁴ QUADROS, Fausto de; Et al (1994), p. 482 e 483;

²⁰⁵ OLIVEIRA, Mário Esteves de; Et al (2010), p. 436

²⁰⁶ Referindo que o parecer obrigatório e não vinculante, e o parecer vinculante não obrigatório estão condenados à inutilidade, GOMES, Carla Amado (2016), p. 793

²⁰⁷ OTERO, Paulo (2016), p. 393 e 394; AYALA, Bernardo Diniz (1995), p. 217 a 223

discricionarietà²⁰⁸, e abre a porta ao escrutínio do seu uso com essa justificação externa à decisão²⁰⁹. Esta fundamentação tem uma importância acrescida quando se trata de um acto discricionário, devido a aí a fundamentação dever ser reforçada face ao maior grau de liberdade atribuído à administração²¹⁰, como garantia do seu bom uso.

Veja-se que a fundamentação é dependente do seu contexto²¹¹, mas que é exigente em si mesma (artigo 153º do CPA), devendo ser: i) clara (ter um discurso perceptível, que seja simples e linear), ii) congruente (haver uma concordância entre os factos, os motivos e o conteúdo da decisão), iii) e suficiente (explicar o conteúdo da decisão de modo a que permita compreender a sua razão de ser) para explicar a decisão²¹².

A fundamentação tem várias áreas através das quais tem impacto sobre a validade do acto: ao fundamentar o projecto de decisão que antecede a audiência dos interessados²¹³ (artigo 122º, 2)), ao justificar a ausência dessa mesma audiência (artigo 124º, 2)), e ao justificar a decisão desfavorável ao interessado²¹⁴ (artigo 152º, 1) c)), nas quais serve para a Administração justificar o modo como usou os seus poderes discricionários perante os interessados.

3.7. AUDIÊNCIA DOS INTERESSADOS NO PROCEDIMENTO

A audiência dos interessados no procedimento administrativo (artigo 121º) é um trâmite formal obrigatório que antecede a tomada de decisão²¹⁵, quer tenha ou não havido instrução²¹⁶, pois considera-se aqui que a audiência dos interessados é em si mesma um momento instrutório do procedimento, ao contribuir para a preparação da decisão final, e a ausência de outras diligências instrutórias no procedimento não justifica a sua preterição²¹⁷.

²⁰⁸ OLIVEIRA, Mário Esteves de; Et al (2010), p. 421

²⁰⁹ Ver também LAMEGO, José (2016), p. 168 e 169; Robert Alexy APUD LAMEGO, José (2016), p. 190 e 191

²¹⁰ PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998a), p. 43

²¹¹ DUARTE, David (2003), p.43

²¹² DUARTE, David (2003), p. 45, 46 e 49

²¹³ ALMEIDA, Mário Aroso de (2016), p. 123

²¹⁴ QUADROS, Fausto de; Et al (1994), p. 493

²¹⁵ ALMEIDA, Mário Aroso de (2016), p. 114; CAUPERS, João (2000), p. 154

²¹⁶ ALMEIDA, Mário Aroso de (2016), p. 115; SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010b), p. 136; AYALA, Bernardo Diniz (1995), p. 215 e 216; em sentido contrário MACHETE, Pedro (1998), p. 15 e 16

²¹⁷ Neste sentido, AMORIM, João Pacheco de (2010), p. 29. Em sentido contrário, definindo-a como uma fase procedimental separada, à luz do CPA anterior, QUADROS, Fausto de; Et al (1994), p. 485

A audiência dos interessados é o momento por excelência da participação dos interessados no procedimento, que têm uma oportunidade de fazer valer as suas posições e ajudar a administração a amadurecer a sua vontade e decidir melhor²¹⁸, conhecendo-se assim os interesses contrapostos dos interessados que devem ser valorados na decisão²¹⁹. Para tal, a Administração deve dar a conhecer aos particulares o sentido provável da decisão (artigo 122º, 2) do CPA), de modo a que a audiência possibilite a colocação de todas as questões pertinentes à decisão²²⁰.

A audiência é um direito dos interessados e uma formalidade obrigatória do procedimento administrativo concretizadora do princípio da participação dos cidadãos nas decisões que lhes digam respeito²²¹ (artigo 121º), mas pode ser dispensada²²² fundamentadamente (artigo 124º) (sendo alguns dos critérios da dispensa discricionários).

3.8. PRINCÍPIO DO APROVEITAMENTO DO ACTO

3.8.1. DEFINIÇÃO

O princípio do aproveitamento do acto consiste na degradação de um trâmite procedimental necessário em falta numa formalidade não essencial²²³, que causa a mera irregularidade do acto e permite que este subsista²²⁴.

Subjacente a este princípio está o *favor negotii* originário do Direito Privado²²⁵, postulando que deve conservar-se o acto sempre que possível.

A transposição para o Direito Administrativo deste princípio tem como vantagem evitar desperdícios ao repetirem-se procedimentos ou invalidarem-se actos desnecessariamente; e tem como desvantagem ter a capacidade de ser utilizado para salvar actos administrativos que

²¹⁸ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010b), p. 135; QUADROS, Fausto de; Et al (1994), p. 471; OTERO, Paulo (2016), p. 395

²¹⁹ OLIVEIRA, Mário Esteves de; Et al (2010), p. 37; AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 357

²²⁰ ALMEIDA, Mário Aroso de (2016), p. 116

²²¹ AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 341 e 354; RAMALHO, Inês Pires (2011), p. 211; QUADROS, Fausto de; Et al (1994), p. 477;

²²² DUARTE, David (2006), p. 681 a 683

²²³ AMORIM, João Pacheco de (2010), p. 26; RAMALHO, Inês Pires (2011), p. 185

²²⁴ RAMALHO, Inês Pires (2011), p. 223; AYALA, Bernardo Diniz (1995), p. 223

²²⁵ Manifesto nos artigos 248º, 288º, 292º e 293º do Código Civil

talvez deveriam ser eliminados ou cujo procedimento antecedente ou envolvente deva ser repetido²²⁶.

Embora seja compreensível vislumbrar uma certa inutilidade²²⁷ em repetir procedimentos cujo resultado se manterá, há que questionar a certeza e o método com que se fazem os juízos de prognose que servem de base à determinação de que o resultado seria igual²²⁸.

Isto porque uma nova instrução tem a capacidade de trazer à luz factos e interesses anteriormente não ponderados devido a ter sido estabelecido um objecto de procedimento diferente, que por sua vez podem agora contribuir para a produção de uma decisão distinta.

Assim, fica a parecer que esta ideia de que a decisão seria a mesma é balizada pelos factos e normas apurados no processo já viciado, ao invés dos que podem ser descobertos no hipotético procedimento perfeito, acabando assim a usar como referência o objecto do procedimento viciado e obtendo resultados tautológicos. É natural que um procedimento já viciado e que não teve em consideração certos factos, defina o objecto do procedimento de forma a excluir ponderações com base em factos que só se descobririam com a devida realização do trâmite em falta.

Veja-se também que este princípio permite à Administração omitir culposamente²²⁹ estes procedimentos, pois já conhece a prática jurisprudencial, doutrinária²³⁰, e legal (artigo 163º, 5) CPA), que a isenta da invalidade dos actos finais assim obtidos e a recompensa pela infracção cometida. Refira-se ainda a função pedagógica e correctiva²³¹ do tribunal, que se perde ao permitir o aproveitamento do acto e reforçar este tipo de omissões.

A utilização da expressão “essencial” ao descrever o tipo de formalidades preteridas levanta ainda a questão de saber como é que algo que, por definição, é indispensável, pode passar a ser desnecessário. Definir formalidade essencial como aquela que é estabelecida por lei²³² apenas indicia a sua origem, e visto que podem ser definidas consequências variadas pela

²²⁶ Referindo que perante um acto irregular a primeira opção é praticar a formalidade em falta, e só não sendo possível esta, se avança para a revogação e reinício de novo procedimento, RAMALHO, Inês Pires (2011), p. 199. É uma posição com a qual não se concorda inteiramente aqui, visto que se a única formalidade em falta tiver impacto suficiente para alterar a decisão final, os restantes trâmites processuais vão ocorrer à mesma, repetindo-se o procedimento, ainda que parcialmente.

²²⁷ RAMALHO, Inês Pires (2011), p. 178 e 213

²²⁸ RAMALHO, Inês Pires (2011), p. 198, 206; MACHETE, Pedro (1998), p. 18

²²⁹ AMORIM, João Pacheco de (2010), p. 28

²³⁰ DUARTE, David (2006), p. 581 e 582; RAMALHO, Inês Pires (2011), p. 222

²³¹ RAMALHO, Inês Pires (2011), p. 205

²³² SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010b), p. 42

sua preterição, não permite intuir apenas daí qual dessas consequências se deve verificar. E definir como não essenciais as formalidades que a lei declara dispensáveis²³³, é abrir a porta a aproveitar actos que a lei apenas dispensa em situações justificadas.

Ao indicar-se que há situações nas quais a ausência do trâmite não faz diferença²³⁴ implicitamente está a pôr-se em causa a essencialidade desse trâmite, e a questionar-se a capacidade de as normas processuais terem impacto no procedimento. A doutrina aponta, no entanto, que os erros procedimentais cometidos se reflectirão na decisão final, e que por isso esses erros em si mesmos são irrelevantes²³⁵, mas sim o seu reflexo já integrado na decisão final. Tendo em consideração que a Administração toma decisões procedimentais quanto a questões prévias ou parcelares para tomar a decisão final²³⁶, estas, ao moldarem o objecto do procedimento, estão a afectar a decisão final, assim como a sua ausência o faz, não se tratando apenas da consequência de a decisão final ter algum vício, mas sim de alguma das decisões anteriores a ela poder ter integrado informação que teria identificado um objecto diferente, ao qual corresponderiam trâmites procedimentais e uma decisão final diferentes.

Acresce que as justificações dadas para não se produzir o efeito anulatório consagradas na lei (o nº 5 do artigo 163º do CPA) – de apenas haver uma solução, de o objectivo do trâmite ter sido alcançado por outra via, e de o acto a praticar ir ter o mesmo conteúdo na ausência do vício – todos seguem a lógica de prever o resultado de um procedimento futuro com base num procedimento passado viciado. Assim, pedir um nexo causal²³⁷ tendo por base um objecto de um procedimento viciado perde o sentido, pois as bases factuais e jurídicas que servem de referência são elas próprias inválidas.

Se o trâmite instrutório em falta tinha a capacidade de trazer informação para o procedimento, então o procedimento deve repetir-se, pois a base factual completa a integrar no procedimento – e que é nova face à base instrutória já estabelecida – acarreta uma potencial redefinição do objecto do procedimento, e exclui a capacidade de prever se a decisão se manterá nessa sua nova definição.

²³³ AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 386

²³⁴ RAMALHO, Inês Pires (2011), p. 185 e 224

²³⁵ OLIVEIRA, Mário Esteves de; Et al (2010), p. 105

²³⁶ ALMEIDA, Mário Aroso de (2016), p. 106

²³⁷ CORREIA, Sérvulo (2010), p. 105; RAMALHO, Inês Pires (2011), p. 215 e 219

3.8.2. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO

Sobre o aproveitamento do acto a doutrina especifica a falta de fundamentação e a falta de audiência dos interessados como os principais vícios que ocorrem entre as formalidades essenciais anteriores à prática do acto²³⁸.

Quanto à falta de fundamentação, alega-se que se o interessado conhecer exactamente os fundamentos do acto a falta de fundamentação não impede o aproveitamento do acto²³⁹, usando a justificação entretanto consagrada na alínea b) do nº 5 do artigo 163º do CPA de que o fim terá sido alcançado por outra via; mas também se diz que a fundamentação, devido aos seus requisitos específicos²⁴⁰, afasta a possibilidade de aproveitamento do acto²⁴¹.

3.8.3. NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DOS INTERESSADOS

Quanto à falta de audiência dos interessados e suas consequências, há quem diga que a participação no procedimento é um princípio estruturante da Administração²⁴² e não um direito fundamental, e como tal a sua mera ausência pode ser colmatada com outras intervenções²⁴³ no procedimento ou gerar uma mera anulabilidade²⁴⁴; mas em sentido contrário, também se indica que a especial gravidade da decisão para a pessoa e seus bens derivada da falta de audiência deve gerar nulidade²⁴⁵.

3.8.4. ACTOS DISCRICIONÁRIOS

Por fim, fala-se ainda na restrição do aproveitamento do acto apenas aos actos vinculados²⁴⁶, não sendo, *a contrario sensu*, permitido aproveitar actos discricionários (nº 5 do mencionado artigo 163º do CPA).

A posição faz sentido na medida em que os actos discricionários têm maior aptidão para gerar posteriormente uma decisão final diferente devido a permitirem alternativas. Mas omite que os chamados “actos vinculados” são ainda assim, parcialmente discricionários, e que basta a prática do acto vinculado com um elemento discricionário diferente, como o momento da sua prática, que já pode beneficiar mais o interessado do que o acto anterior, para a decisão ser

²³⁸ RAMALHO, Inês Pires (2011), p. 181

²³⁹ RAMALHO, Inês Pires (2011), p. 208

²⁴⁰ Ver o Capítulo 3.6.

²⁴¹ Ver também RAMALHO, Inês Pires (2011), p. 208, Nota de rodapé 78; AYALA, Bernardo Diniz (1995), p. 223

²⁴² MACHETE, Pedro (1998), p. 13 e 14

²⁴³ RAMALHO, Inês Pires (2011), p. 206;

²⁴⁴ AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 360

²⁴⁵ AMORIM, João Pacheco de (2010), p. 30. Também sustentando posições que parecem admiti-lo, OLIVEIRA, Mário Esteves de; Et al (2010), p. 105; SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010b), p. 137 e 138

²⁴⁶ RAMALHO, Inês Pires (2011), p. 202, 207 e 212

perceptivelmente diferente para o particular. E isto além de a presença de um acto vinculado não isentar a Administração de cumprir os princípios gerais²⁴⁷.

3.9. DISCRICIONARIEDADE INSTRUTÓRIA

Embora o próprio procedimento tenha trâmites opcionais²⁴⁸, tal é uma situação diversa da discricionariedade instrutória, que existe em relação aos momentos de preparação de uma decisão, nomeadamente nas opções tomadas acerca da averiguação de factos, adopção, escolha e dispensa de diligências²⁴⁹ que são relevantes para a formação da decisão final²⁵⁰. A discricionariedade instrutória contém algumas distinções, referidas de seguida.

3.9.1. LIBERDADE AVALIATIVA

A liberdade avaliativa é definida por Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos como aquela que envolve a avaliação de situações de facto, e que se distingue da discricionariedade ou do uso de conceitos indeterminados por é a própria avaliação que é discricionária²⁵¹. Estes autores dão como exemplos de situações que cabem neste conceito a classificação de alunos em exames assim como decisões sobre a aptidão de pessoas para o exercício de determinadas profissões no âmbito de ordens profissionais²⁵².

David Duarte qualifica a liberdade avaliativa como aquela na qual a Administração tem autonomia na qualificação dos factos, determinando se algo é integrável numa qualidade²⁵³.

3.9.2. DISCRICIONARIEDADE PROBATÓRIA

A discricionariedade probatória é definida por Freitas do Amaral como aquela em que a Administração apura a verificação dos pressupostos da decisão que quer tomar à luz dos meios de prova existentes, frequentemente com recurso a conhecimentos técnicos especializados, devendo a Administração proceder a uma avaliação correcta dos meios disponíveis nestas

²⁴⁷ RAMALHO, Inês Pires (2011), p. 205

²⁴⁸ QUADROS, Fausto de; Et al (1994), p. 479; OLIVEIRA, Mário Esteves de; Et al (2010), p. 34 e 35, e 416

²⁴⁹ RAMALHO, Inês Pires (2011), p. 209

²⁵⁰ RAMALHO, Inês Pires (2011), p. 211

²⁵¹ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 193 e 194

²⁵² Ibidem

²⁵³ DUARTE, David (2008), p. 41

situações²⁵⁴. O mesmo autor dá como exemplo deste conceito a avaliação de um imóvel para a liquidação de um imposto sobre o património²⁵⁵.

David Duarte refere a discricionariedade probatória como aquela que diz respeito à margem de apreciação da própria prova produzida²⁵⁶.

Já Bernardo Diniz Ayala define-a como a figura que consiste na margem de livre apreciação de provas com obrigação de apurar a única solução correcta, embora lhe dê o nome de liberdade probatória²⁵⁷.

Deve referir-se no entanto a anotação feita por Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos a esta mesma figura, os quais apontam que da lei geral já decorrem vinculações acerca do valor de determinadas provas, além de, por vezes, serem fixados taxativamente os meios de prova admissíveis para determinados factos, e a Administração estar vinculada, em regra, a desenvolver as actividades probatórias requeridas por particulares enquanto condições de demonstração das suas pretensões²⁵⁸.

No seguimento disto, estes autores sustentam que a existência de uma liberdade probatória da administração depende de haver uma superabundância de meios probatórios para demonstrar certo facto e de ser indiferente a produção de um ou outro meio probatório, consistindo assim numa discricionariedade de escolha, acrescentando que no que toca à valoração de prova, esta é uma actividade típica da função jurisdicional, que está apta para controlar tais juízos²⁵⁹.

3.9.3. DISCRICIONARIEDADE INSTRUTÓRIA PRIMÁRIA

A distinção entre discricionariedade instrutória primária e secundária é proposta por David Duarte, definindo a primária como aquela que se reporta à configuração genérica de qual a deve ser a estratégia para a preparação da norma ou decisão final, representando o espaço em que se faz a concepção global do procedimento e estabelece essa estratégia de instrução, de recolha de factos e percepção e comprovação de interesses²⁶⁰.

²⁵⁴ AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 94

²⁵⁵ *Ibidem*

²⁵⁶ DUARTE, David (2008), p. 41

²⁵⁷ AYALA, Bernardo Diniz (1995), p. 111

²⁵⁸ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 195.

²⁵⁹ *Ibidem*

²⁶⁰ DUARTE, David (2006), p. 548 a 550

Esta discricionariedade pode ter como limites as normas que estabelecem conteúdos instrutórios devidos impondo a adopção de uma acção específica no procedimento²⁶¹.

3.9.4. DISCRICIONARIEDADE INSTRUTÓRIA SECUNDÁRIA

David Duarte define a discricionariedade instrutória secundária como aquela que ocorre quando, após a adopção de uma determinada acção instrutória, é necessário configurar o seu conteúdo e estabelecer a forma como ela se realiza, ou seja, em que tempo, condições ou termos²⁶². Esta autonomia pode decorrer de todas as possibilidades de conteúdo relativamente a uma acção instrutória atípica²⁶³, embora também possa existir nas típicas se forem conferidas alternativas nas mesmas e assim atribuída uma competência especial para a instrução²⁶⁴.

No entanto, esta discricionariedade só se manifesta na sequência do exercício da discricionariedade instrutória primária, estando dependente das alternativas aí já adoptadas²⁶⁵, fazendo com que a discricionariedade instrutória se exerça num vaivém contínuo, devido a poderem haver factos captados que impliquem inversões no percurso procedimental escolhido²⁶⁶.

3.9.5. VARIABILIDADE

Menciona-se ainda que a discricionariedade instrutória em si mesma varia consoante a decisão final a tomar tenha opções ou seja vinculada (mas que existe sempre quer o acto a praticar seja discricionário ou vinculado²⁶⁷); varia consoante entre existir um objecto do procedimento menos definido ou muito definido; e varia depois entre não ter limites no âmbito de averiguação instrutório e provar os factos correspondentes aos pressupostos²⁶⁸ – essencialmente, entre ter presente discricionariedade instrutória primária ou não –, sendo que as alternativas entre as quais escolher têm na decisão final o seu maior limite, só podendo ser consideradas as opções que permitam essa decisão²⁶⁹.

²⁶¹ Idem, p. 550 e 551

²⁶² Idem, p. 549

²⁶³ Idem, p. 551

²⁶⁴ Idem, p. 552

²⁶⁵ Idem, p. 549

²⁶⁶ Idem, p. 553

²⁶⁷ OLIVEIRA, Mário Esteves de; Et al (2010), p. 34 e 35

²⁶⁸ DUARTE, David (2006), p. 718

²⁶⁹ DUARTE, David (2006), p. 541 e 542

3.9.6. LIMITES

É apontado pela doutrina que a lei já contém regras que determinam o valor de determinadas provas, e que está vinculada a desenvolver as actividades probatórias requeridas pelos particulares²⁷⁰, o que orienta a Administração com mais segurança na avaliação destas e diminui a sua discricionariedade instrutória; mas também se refere que na instrução se podem sobrepor ou ser acrescentadas²⁷¹ várias perspectivas temáticas²⁷², e que esta discricionariedade é exercida gradualmente²⁷³, o que aumenta a complexidade destes momentos procedimentais mesmo quando sobra discricionariedade instrutória apesar das determinações legais vinculadas.

3.10. CPA EM DETALHE

O Código de Procedimento Administrativo contém várias normas que orientam e conferem discricionariedade instrutória.

As normas têm presente uma discricionariedade acerca dos meios de prova, nos artigos 115º, 117º, 122º, ou acerca da própria estrutura do procedimento, nos artigos 119º, 120º, 124º, 125º. Além destas normas que atribuem discricionariedade instrutória em concreto, outras há que a guiam; é o caso dos artigos 56º e 58º, que contêm princípios procedimentais.

De forma mais abstracta, o artigo 7º do CPA e o artigo 266º da Constituição, ao vincularem a Administração aos princípios gerais que regem a sua actividade, também afectam a discricionariedade instrutória.

Segue-se então a análise destas normas.

Os artigos 115º, 117º e 122º indicam que a Administração pode escolher os meios de prova a utilizar no procedimento.

O artigo 115º impõe à Administração um dever de averiguar factos, e para o cumprimento desse dever confere-lhe a discricionariedade na escolha dos meios de prova. Mas limita previamente essa discricionariedade a ser utilizada apenas para factos adequados e necessários à tomada de uma decisão legal e justa dentro de prazo razoável.

²⁷⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 195;

²⁷¹ DUARTE, David (2006), p. 605

²⁷² DUARTE, David (2006), p. 542 e 543

²⁷³ DUARTE, David (2006), p. 553 e 556

A limitação aos factos adequados e necessários para a tomada da decisão final sugere a utilização do teste de proporcionalidade na aferição de quais sejam estes factos, porque a adequação e necessidade são corolários do princípio da proporcionalidade. A proporcionalidade orienta-se aqui à produção da decisão final concreta, ao invés de interesses públicos em abstracto. É procedimental, mas a estrutura do teste a fazer é a mesma.

Quanto à legalidade e justiça da decisão, são um limite residual de todas as decisões administrativas.

A averiguação dos factos ter que permitir uma decisão em prazo razoável apresenta um limite significativo, pois exclui todos os meios de prova que possam ser mais demorados. No entanto, a utilização da expressão “prazo razoável”, que é indeterminada, poderia ser concretizada, mesmo que a título de exemplo, sugerindo quais são os elementos e situações que tornam um prazo irrazoável.

Por exemplo, se o particular estar em situação financeira carenciada, ou haver um interesse económico na exploração de determinada actividade que pode entretanto cessar, ou estarem em causa serviços que afectam o bem-estar da população, constituem ou não situações que devem ser tratadas com prioridade, e conseqüentemente, cuja averiguação de factos deve ser feita apenas com um mínimo de instrução que sugira que as pretensões são legítimas e o interesse público pode e deve acomodá-las, dispensando por isso meios de prova que acarretem custos significativos, sejam demorados a produzir conclusões por dependerem de terceiros, ou tenham uma duração acima de X meses consoante o prejuízo para o particular.

O artigo 117º dá à Administração o poder de pedir aos interessados provas de variadas formas, algumas enumeradas, mas deixando aberta a possibilidade de pedir a colaboração noutros meios de prova.

Mas impõe limites a esta possibilidade, restringindo-a a pedidos que não envolvam a violação de sigilo profissional e segredo comercial e industrial, cuja revelação de factos esteja proibida ou dispensada por lei, ou cujos factos sejam puníveis, ou causem dano moral.

A imposição destes limites segue uma lógica de evitar provas proibidas, desnecessárias, ou danosas, na sua essência, reflectindo princípios gerais de eficiência no procedimento e de permitir ao cidadão que não se prejudique, e revelando simultaneamente uma hierarquia de valores na qual não se permite que o procedimento avance se estiver a sacrificar estes bens jurídicos.

O artigo 122º permite à Administração que escolha entre ser realizada uma prova documental ou testemunhal na audiência dos interessados, após lhe atribuir o dever de determinar o modo de realização desta audiência.

A liberdade que é permitida é já limitada a escolhas pré-definidas, e a norma não acrescenta mais limites concretos nem orientações na escolha a fazer²⁷⁴.

Faz sentido que não hajam mais limites a serem impostos, visto que a escolha a fazer é já de si limitada. Mas seria útil ter também aqui critérios de orientação para determinar em que situações a Administração deveria pedir a audiência de uma forma ou outra e o que deve ter em conta, percebendo-se se, por exemplo, deve fazer-se a audiência por forma escrita de um interessado que tem vindo a participar no procedimento através de declarações orais reduzidas a escrito por funcionário da Administração, ou fazer-se a audiência oral de um interessado que manifeste expressamente preferência por participação escrita.

Situações assim são, não obstante, resolvidas pelos princípios gerais da actividade administrativa, como a proporcionalidade, pois se a forma de audiência representar uma imposição desproporcional face às capacidades do interessado, a Administração deve reconsiderar a forma da diligência procedimental.

Os artigos 119º, 120º, 124º, 125º indicam que a Administração pode estruturar o procedimento e escolher as diligências a incluir no mesmo.

O artigo 119º confere à Administração a escolha entre praticar uma diligência procedimental ou não. No entanto, esta escolha é feita entre alternativas pré-definidas, de renovar a notificação ou prescindir da diligência. Estabelece como limite a esta discricionariedade as circunstâncias, em abstracto indefinidas.

Perante uma escolha pré-determinada, a adição de um limite indeterminado poderia também ser mais útil ao ser densificada, dando indicações de quais são as circunstâncias que apelam à escolha num sentido ou noutro, seguindo uma lógica de orientar o uso da discricionariedade como sugerido acima nos artigos 115º e 122º.

No seu nº 2, o artigo confere ainda à Administração uma liberdade avaliativa quanto à falta de cumprimento da notificação por parte do interessado. Isto é, tem discricionariedade quanto à apreciação da participação procedimental do particular.

²⁷⁴ AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 359

Também esta liberdade poderia ser orientada, sugerindo critérios que permitam avaliar, em conjunto com a restante participação do particular no procedimento, o interesse do mesmo na sua tramitação e bom termo.

O artigo 120º atribui à Administração a possibilidade de recolher provas antecipadamente, e até antes de o procedimento ser instaurado. Mas limita, entretanto, esta liberdade a ser utilizada apenas quando seja potencialmente impossível ou difícil a recolha de prova posterior.

O critério da impossibilidade é relativamente fácil de aferir, pois basta verificar que há a possibilidade de a prova se destruir para cumprir o requisito.

Mas o critério da dificuldade, em si, é mais indeterminado. Poderia considerar-se talvez que todos os meios de prova que requeiram mais burocracia, tempo, ou dinheiro para produzirem provas são mais difíceis do que as suas contrapartes disponíveis que não o exijam.

Também aqui consegue ser útil o princípio da proporcionalidade, pois o seu teste de necessidade ao comparar as várias medidas disponíveis, pode utilizar-se para comparar a dificuldade das várias provas que estejam a ponderar-se recolher concretamente naquele procedimento, e partindo daí determinar quais as provas mais difíceis de obter, e com o seu teste de proporcionalidade em sentido estrito ao avaliar a relação entre o sacrifício imposto e o fim a prosseguir, verificar se a prova terá um grande impacto na formação da decisão final, se a sua perda será mais gravosa, e conseqüentemente deve ser recolhida.

O texto legal menciona expressamente que é “qualquer prova com interesse para a decisão” que pode ser recolhida, mas parece excessivo considerar que um facto secundário que meramente enquadre outros, ou cuja ausência possa ser colmatada posteriormente através de provas diferentes, deva também ser recolhido na utilização desta liberdade.

O artigo 124º permite à Administração dispensar a diligência instrutória da audiência dos interessados, embora ela se possa realizar à mesma se a Administração assim o decidir, mesmo que se verifique uma das situações enumeradas.

A exploração da possibilidade de não realizar a diligência, além de ter um acrescido dever de fundamentação, só pode utilizar-se se houver urgência, se o interessado já tenha faltado à mesma e não se tenha fixado nova data, se comprometer a decisão, se for impraticável, se o interessado já se tiver pronunciado, ou se a decisão for inteiramente favorável; ou seja, são estes os limites a esta liberdade.

Subentende-se que a fundamentação serve para indicar o motivo da dispensa da audiência, que por sua vez é um direito dos particulares; fica assim acautelada a sua violação com o dever de fundamentação das situações em que não seja exercido.

O artigo 125º permite à Administração fazer diligências complementares. Mas limita esta possibilidade apenas às que se mostrarem convenientes.

A conveniência das diligências é indeterminada em abstracto, e poderia ser corporizada em exemplos, como tendo sido, entretanto, alegados factos supervenientes relevantes com impacto na decisão final, seguindo a mesma lógica do Código de Processo Civil ao restringir o estabelecimento da base instrutória.

Os artigos 56º e 58º contêm princípios procedimentais que podem orientar a Administração no uso da sua discricionariedade instrutória.

O artigo 56º determina a discricionariedade na estruturação do procedimento, estabelecendo como limites apenas os princípios gerais da actividade, “na ausência de normas jurídicas injuntivas”.

O artigo 58º faculta a possibilidade de diligenciar oficiosamente e para além do objecto do procedimento conforme apresentado pelo interessado, mas limita esta liberdade a ser usada para diligências adequadas e necessárias à preparação da decisão, que deve ser legal e justa; lógica que se reflecte no artigo 115º já referido.

Assim, estas normas configuram mais amplamente as capacidades da Administração no procedimento, podendo a mesma escolher a estrutura do procedimento e fazer as diligências que entender. Tratam de definir a estratégia de instrução, (a discricionariedade instrutória primária), enquanto as anteriores a concretizavam, (com a chamada discricionariedade instrutória secundária)²⁷⁵.

Perguntas a fazer ao aplicar o teste de proporcionalidade a cada acto instrutório

1) A medida é apta a atingir o fim?

2) De todas as medidas disponíveis e eficazes, é indispensável/ a menos lesiva para o particular?

3) Há um equilíbrio entre o fim a atingir e o prejuízo para o particular?

²⁷⁵ (DUARTE, David (2006), p. 548 a 550)

4. PRINCÍPIOS

4.1. ORIGEM E DESENVOLVIMENTO

4.1.1. PROPÓSITO

O propósito dos princípios é o de superarem as insuficiências das regras²⁷⁶, impregnando as regras que os acolhem e desenvolvem de sentido e função²⁷⁷, ao realizarem tarefas de organização, identificação e consistência que as próprias regras não fazem²⁷⁸.

4.1.2. NATUREZA

Relativamente à sua natureza, a maioria dos princípios constantes do CPA têm natureza garantista²⁷⁹, tendo vindo a desenvolver-se para aumentar a protecção conferida aos particulares, sendo por isso censurável utilizá-los para obter um efeito contrário, de contracção da protecção já obtida. Há, no entanto, quem aponte que os elementos garantistas como estes podem ser subordinados a um activismo social e político de pendor populista²⁸⁰, que também os pode desvirtuar. Existe ainda uma escola de pensamento, a Critical Legal Studies, que considera os princípios como moral e racionalmente fundados, e de pretensão universal²⁸¹, o que coincide com a tendência expansiva dos princípios.

4.1.3. UTILIDADE

No que toca ao seu valor no ordenamento jurídico, há quem aponte que alguns princípios são menos fecundos do que parecem, e que chegam a actuar como impedimento à justiça, sendo por vezes demasiado amplos e outras demasiado estreitos, e claro, inaplicáveis quando tomados de modo absoluto²⁸², necessitando sempre de admitir a sua supressão por outros princípios de sinal contrário. Estas vicissitudes sugerem que talvez seja saudável sujeitar os princípios a actualizações, revisões, e até revogações, tal como as outras normas jurídicas já o são.

²⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz (2008), p. 587

²⁷⁷ Mota Pinto APUD LAMEGO, José (2016), p. 149 e 150

²⁷⁸ DUARTE, David (2006), p. 129; Ver também o Capítulo 2.8.

²⁷⁹ OLIVEIRA, Mário Esteves de; Et al (2010), p. 41

²⁸⁰ LAMEGO, José (2016), p. 277

²⁸¹ Ibidem

²⁸² VIEHWEG, Theodor (2007), p. 165 e 166, que aponta como solução acumular as várias normas directivas de forma flexível, fazendo o sopesamento ponderando a intensidade de cada um dos elementos.

4.1.4. ORIGEM

Quanto à sua origem, os princípios podem obter-se derivando-os de outros princípios, e também podem deduzir-se subprincípios²⁸³ de princípios mais gerais. Os princípios acabam por ser concretizados ao densificar subprincípios, mas estão continuamente a ser ajustados e articulados uns com os outros²⁸⁴ apesar da sua estrutura categórica²⁸⁵, o que suscita colisões entre eles²⁸⁶.

José Lamego, no entanto, questiona como se podem fazer derivar princípios implícitos de outros princípios explícitos, e também se uma descontinuidade conceptual pode invalidar algo valorativamente coerente²⁸⁷, pois apesar de ser um fenómeno observável metodologicamente, através da integração de princípios desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência em reformas legislativas, os trâmites e limites deste desenvolvimento dos princípios não estão propriamente regulados.

Pela nossa parte, embora se admita que a comunidade jurídica beneficiaria de orientações mais específicas sobre como proceder à interpretação das normas do que as actualmente facultadas; e também que a hermenêutica jurídica tem uma utilização algo anárquica ao ser um pouco aleatório qual o tipo de interpretação que o jurista escolhe fazer mediante a incerteza da norma; admite-se também que essa incerteza não impediu o Direito de se aplicar e até desenvolver, nem tem impedido que essas interpretações sejam feitas para atingir resultados que o texto da lei por si só não alcançaria; e salientando novamente que as próprias escolhas interpretativas do destinatário da norma são balizadas pelas já referidas pré-compreensões do mesmo, é previsível que os princípios continuarão a desenvolver-se e integrar-se no ordenamento da mesma forma que o têm sido até aqui, após uma divulgação fundamentada entre a comunidade jurídica que os aceita.

²⁸³ CORREIA, Sérvulo (2010), p. 138 e 158

²⁸⁴ Ainda CORREIA, Sérvulo (2010), p. 158 e 159

²⁸⁵ LAMEGO, José (2016), p. 59

²⁸⁶ DUARTE, David (2006), p. 151

²⁸⁷ LAMEGO, José (2016), p. 152

4.2. FUNCIONAMENTO

4.2.1. ORIENTAÇÃO PRIMA FACIE

Como o princípio faculta uma orientação *prima facie* que pode ser corrigida face a princípios concorrentes, apresenta-se como um padrão de optimização²⁸⁸, e a sua aplicação é feita sob uma lógica de ponderação²⁸⁹ que atende às circunstâncias do caso individual – podendo também por isto outro princípio vir a obter prevalência²⁹⁰ noutros casos. Perante a aptidão de expansibilidade do princípio²⁹¹ são as outras normas de sinal contrário servem para o delimitar negativamente²⁹², sendo a sua aplicação residual, visto que a protecção normativa facultada pelo princípio é afastada pelas normas que retiram as condutas do seu domínio²⁹³.

4.2.2. CONCORRÊNCIA DE PRINCÍPIOS

Nessa situação em que vários princípios podem aplicar-se ao mesmo caso, há concorrência²⁹⁴ entre eles, concorrência essa que se resolve através de uma norma de prevalência que dite qual deles tem primazia, ou através de uma ponderação ou sopesamento²⁹⁵. Esta ponderação, apontada como um juízo de natureza subjectiva²⁹⁶, não é totalmente alheia ao Direito, tendo sempre presente uma relação de adequação do meio ao fim – o que constitui uma avaliação da sua proporcionalidade²⁹⁷ através do corolário da aptidão. Desta contraposição de normas feita na ponderação resultam também indicações normativas relevantes para a escolha a fazer²⁹⁸.

4.2.3. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Quanto ao desvalor pelo incumprimento de um princípio, a violação de um princípio acarreta normalmente o vício de violação de lei, estando prevista a anulabilidade do acto que ofenda princípios no artigo 163º, 1) do CPA, embora alguns princípios específicos possam ter outros desvalores²⁹⁹.

²⁸⁸ CAUPERS, João (2000), p. 69; DUARTE, David (2006), p. 134

²⁸⁹ LAMEGO, José (2016), p. 60

²⁹⁰ LAMEGO, José (2016), p. 67

²⁹¹ DUARTE, David (2006), p. 146 e 147

²⁹² DUARTE, David (2006), p. 133. Referindo as colisões ou conflitos como o habitat natural do princípio da proporcionalidade quando há interesses de peso diferente, CANAS, Vitalino (1994), p. 608.

²⁹³ DUARTE, David (2006), p. 150

²⁹⁴ DUARTE, David (2006), p. 237

²⁹⁵ DUARTE, David (2006), p. 238 e seguintes; DWORKIN, Ronald (2002), p. 26

²⁹⁶ DUARTE, David (1992), p. 88

²⁹⁷ DUARTE, David (2006), p. 587

²⁹⁸ DUARTE, David (2006), p. 607

²⁹⁹ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 204

4.2.4. PRINCÍPIOS CONTRA LEGEM

Na lógica inversa da relação entre o princípio e a norma, a violação de um princípio pela lei é apontada como apenas sendo admissível quando baseada em critérios de hierarquia formal, e não axiológica, do sistema de fontes³⁰⁰, num contexto que nega a existência de uma hierarquia de princípios³⁰¹.

Esta é uma opção criticável no contexto da eterna conciliação entre a segurança e a Justiça, em que aderir a uma hierarquia formal que não acompanha a evolução humana se arrisca a provocar soluções injustas. É a Justiça que deve prevalecer, e os meios pelos quais é obtida não devem eles próprios ser os obstáculos à sua concretização, mas sim facilitar a sua manifestação. Defende-se aqui, então, que o princípio não só pode, mas deve fundamentar decisões e actos administrativos que rectifiquem ou sejam contrários aos preceitos legais expressos³⁰², porque que os princípios também são normas jurídicas, e são hierarquicamente superiores a regras jurídicas que regulem casos concretos, sendo também bastante mais aptos e seguros nesta função de correcção do que a utilização de, por exemplo, interpretações extensivas dessas regras concretas.

4.2.5. HIERARQUIA DE PRINCÍPIOS

Acresce a dificuldade de aceitar a perspectiva de que só uma hierarquia formal pode determinar o afastamento de uma norma, quando é acompanhada a indicação da inexistência de tal hierarquia. É que embora se diga que os princípios são estruturalmente indeterminados³⁰³, e que, devido a isso, não se afigura possível estabelecer uma hierarquia entre princípios³⁰⁴, o certo é que, a haver uma hierarquia de princípios a indicar qual deles deve prevalecer, os conflitos entre princípios se resolveriam mais facilmente. Crê-se, adicionalmente, que o jurista terá a capacidade de descortinar o que a comunidade geral a que pertence dá mais valor, e assim descobrir essa hierarquia.

Assim, não se considera aqui que seja impossível descobrir essa hierarquia entre princípios, seja ela alcançada através de uma abordagem mais positivista analisando a legislação e a jurisprudência e verificando quais as situações em que dado princípio não se aplica e porquê, mapeando as suas excepções; ou seja ela encontrada através de uma

³⁰⁰ LAMEGO, José (2016), p. 69

³⁰¹ LAMEGO, José (2016), p. 67

³⁰² Em sentido contrário, LAMEGO, José (2016), p. 65

³⁰³ DUARTE, David (2006), p. 136 e seguintes

³⁰⁴ LAMEGO, José (2016), p. 67

perspectiva mais naturalista, entendendo que os princípios são um reflexo das opções morais³⁰⁵ da comunidade que governam e reflectem, segundo a qual bastará saber quais os valores prioritários dessa comunidade para definir quais os princípios a prevalecer³⁰⁶. Certo é que, se há normas de prevalência a descobrir para aplicar a estas situações, cabe à comunidade jurídica explorá-las e enunciá-las.

4.3. TEORIA DA NORMA

Já foi mencionada³⁰⁷ a teoria da certeza a propósito da discricionariedade, mas ela também explica a indeterminação presente no princípio, pois é a margem de incerteza que potencia várias propostas de decisão³⁰⁸, e ela está presente nos princípios. Admita-se, no entanto, que é preocupante que um dos principais instrumentos de controlo da discricionariedade seja ele próprio indeterminado; que há uma camada de indeterminação a controlar a indeterminação.

Como se distingue então um princípio de uma regra? Apontam-se como critérios de diferenciação os princípios serem uma espécie de tópicos³⁰⁹, serem mais indeterminados do que as regras, e também o de as regras se aplicarem sob uma lógica de tudo ou nada, mas o critério mais verificável é mesmo o que aponta que há uma diferença na morfologia dos princípios, na sua própria estrutura³¹⁰, que aqui se adopta.

Segundo essa perspectiva, os princípios têm uma previsão implícita³¹¹, manifesta através de uma elipse linguística que facilmente subentende o que foi suprimido, e é legítimo considerar que a previsão está presente, mesmo quando não é indicada expressamente de forma tautológica; e se, cumulativamente, são várias e indefinidas as condutas que podem despoletar a aplicação da norma³¹², então está presente um princípio (e na ausência destes elementos uma regra).

³⁰⁵ DWORKIN, Ronald (2002), p. 22

³⁰⁶ Como por exemplo, adoptando uma “concepção principialista do Direito”, referida, mas não perfilhada, por LAMEGO, José (2016), p. 68

³⁰⁷ Ver o Capítulo 2.1.

³⁰⁸ DUARTE, David (1992), p. 34

³⁰⁹ LAMEGO, José (2016), p. 67;

³¹⁰ DUARTE, David (2006), p. 130 a 136; DWORKIN, Ronald (2002), p. 24 e 25; STRECK, Lenio Luiz (2008), p. 576

³¹¹ DUARTE, David (2006), p. 139 a 149; LAMEGO, José (2016), p. 232

³¹² DUARTE, David (2006), p. 139 e 140

Aponte-se aqui também o que já foi dito sobre o círculo hermenêutico³¹³; é que se as regras também contêm indeterminação, isso significa que tanto a regra como o princípio estão sujeitos a interpretação, e que a regra apenas terá mais elementos vinculados dentro da mesma norma, enquanto o princípio tem que usar sempre elementos sistemáticos para determinar quais as normas de sinal contrário que restringem a sua aplicação, sendo que o intérprete as procurará segundo a sua pré-compreensão, já referida³¹⁴.

4.3.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PRINCÍPIOS

Mediante estes requisitos, continua a ser difícil ver os Direitos Fundamentais como princípios³¹⁵, pois o domínio normativo da sua aplicação é bastante mais delimitado – apenas a condutas que correspondam ao direito em causa ou o restrinjam – ainda que se possa entender que abarcam “todas as situações de qualquer género”³¹⁶ relativas a esse direito e que a solução de conflitos que os envolvam passa pela ponderação³¹⁷.

³¹³ Ver o Capítulo 2.6.

³¹⁴ STRECK, Lenio Luiz (2008), p. 578; LAMEGO, José (2016), p. 88 e 89

³¹⁵ Robert Alexy APUD LAMEGO, José (2016), p. 191; DUARTE, David (2006), p. 743

³¹⁶ É essa a previsão implícita do princípio, segundo DUARTE, David (2006), p. 146 e 147

³¹⁷ DUARTE, David (2006), p. 760

5. PROPORCIONALIDADE

5.1. DEFINIÇÃO

Aponta-se como base deste princípio uma intuição ou ideia mais ou menos difusa de proporção, manifesta através da necessidade ou da repulsa pelo excesso³¹⁸, tendo subjacente um postulado de justiça distributiva³¹⁹. Hoje a Proporcionalidade é um princípio geral de Direito que pode ser visto como uma expressão do princípio da Justiça³²⁰, ou do princípio do Estado de Direito³²¹.

Na elaboração da sua definição são, invariavelmente, mencionados os seus corolários³²², dos quais aqui se têm em conta: a adequação do meio escolhido ao fim a atingir, a necessidade da medida tomada em comparação com as outras disponíveis, e a proporcionalidade em sentido estrito, ou a medida ser tolerável para o particular, como veremos infra.

Deve referir-se também, dada a sua relevância metodológica, que a norma de proporcionalidade pressupõe as existências de um meio, e de um ou mais fins³²³, o que exclui da sua análise as situações em que não há meios para atingir o fim.

A proporcionalidade distingue-se da proibição do arbítrio pois esta apenas requer que a decisão invoque um qualquer fundamento racional, enquanto a proporcionalidade requer um fundamento racional sustentado em convicções, e que a medida seja intersubjectivamente encarada como racionalmente adequada, necessária e proporcional em sentido estrito³²⁴.

5.2. EVOLUÇÃO

O estudo já feito por Vitalino Canas demonstra uma evolução na qual se pode observar o princípio da proporcionalidade reagindo ao tipo de administração existente ao longo do tempo, tendo nascido primeiro o corolário da necessidade pressupondo a adequação, que depois se

³¹⁸ CANAS, Vitalino (1997), p. 325

³¹⁹ OTERO, Paulo (2016), p. 370

³²⁰ QUADROS, Fausto de; Et al (1994), p. 475

³²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes (2003), p. 267; AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 139; CANAS, Vitalino (1994), p. 633

³²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes (2003), p. 269 e 270; AYALA, Bernardo Diniz (1995), p. 241

³²³ DUARTE, David (2006), p. 634

³²⁴ CANAS, Vitalino (1994), p. 603

distinguiu da proporcionalidade em sentido estrito³²⁵ – no contexto do Direito de Polícia Prussiano³²⁶.

Em Portugal a doutrina foi fazendo menções a ideias de adequação, necessidade e proporção reflectindo a evolução Alemã³²⁷. É talvez isto que subjaz à indicação de que as oscilações terminológicas presentes nos textos não permitem ilações substantivas nem manifestam diferentes intencionalidades³²⁸, e nem requer apenas a aplicação de alguns dos corolários³²⁹.

Embora aqui se concorde com o resultado final de que quando o princípio é invocado através de qualquer um dos seus corolários, o é na sua totalidade e se aplicam todos os corolários³³⁰, porque essa é a interpretação mais conforme à prossecução de um Estado de Direito, tal não significa que não houvessem realmente intencionalidades diferentes à data das diversas consagrações, em que o princípio ainda não tinha evoluído até à sua forma actual e poderia simplesmente estar consagrada uma concepção anterior do princípio, a necessitar de uma interpretação actualista.

A questão é que, face à legislação actual, e tendo o princípio já atingido a sua maturidade conceptual, não se justifica que ainda hajam oscilações na sua consagração num texto de 2015 como o do Novo Código do Procedimento Administrativo.

Embora o princípio tenha originalmente tido desenvolvimento no Direito Constitucional, este estudo foca a sua incidência no Procedimento Administrativo.

5.3. COROLÁRIOS

O princípio da proporcionalidade opera através dos seus três corolários: a adequação ou idoneidade, a necessidade ou indispensabilidade, e a proporcionalidade em sentido próprio ou estrito³³¹.

³²⁵ CANAS, Vitalino (1997), p. 326 e seguintes

³²⁶ CANAS, Vitalino (1997), p. 328; CANAS, Vitalino (2017), p. 28 e 71 e seguintes

³²⁷ CANAS, Vitalino (1997), p. 340 e seguintes

³²⁸ CANAS, Vitalino (1997), p. 351; CANAS, Vitalino (1994), p. 631

³²⁹ CANAS, Vitalino (1994), p. 631

³³⁰ AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 145; SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 214. E o inverso, que a preterição de um dos corolários implica a preterição global da proporcionalidade, conforme SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 215

³³¹ AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 141 e 142; OLIVEIRA, Mário Esteves de; Et al (2010), p. 104; CAUPERS, João (2000), p. 80; OTERO, Paulo (2016), p. 370, 371

5.3.1. ADEQUAÇÃO

A adequação ou idoneidade na sua configuração actual é um teste simples que trata da relação entre a medida adoptada e o fim a alcançar, avaliando a capacidade da medida para atingir esse fim, ou para se aproximar dele³³².

Jorge Reis Novais defende que os efeitos da medida não podem ser negativos nem indiferentes para a aproximação ao fim a alcançar, e que não podem ser usados meios nem prosseguidos fins constitucionalmente ilegítimos. No entanto, a inaptidão tem que ser previsível no momento de decisão, e a medida tem que ser totalmente inapta para alcançar o fim – se a inaptidão for posterior, a medida é inidónea só a partir do momento em que essa verificação foi ou poderia ter sido feita³³³.

5.3.2. NECESSIDADE

A necessidade ou indispensabilidade trata da relação entre as várias medidas, determinando a escolha da menos lesiva de entre todas as disponíveis, tanto num sentido qualitativo como quantitativo³³⁴.

Segundo Jorge Reis Novais, esta escolha faz-se comparando as várias medidas disponíveis, e depois escolhendo a mais suave ou menos restritiva de entre aquelas que têm igual eficácia. Para tal avaliam-se todos os prejuízos provocados aos particulares, qualificando o tipo de lesão, a sua intensidade, os bens sacrificados, assim como outros interesses distintos atingidos, e descartam-se as medidas que provocam efeitos mais restritivos sem garantir um acréscimo sensível de eficácia. Neste passo da avaliação da proporcionalidade incorpora-se o sacrifício específico do interessado em causa, que é mutável consoante as circunstâncias de cada caso, sendo admissível utilizar uma medida menos eficaz por ser também menos restritiva em situações destas³³⁵.

Mas surgem dificuldades na aplicação deste corolário ao comparar medidas que não têm igual aptidão ou eficácia, pois se considera que é impossível a quantificação dos valores em concorrência. Além disto, este corolário acaba por ter uma aplicação residual devido a só se

³³² AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 142; CANAS, Vitalino (1994), p. 621 e 622; NOVAIS, Jorge Reis (2014), p. 167 a 169; CANAS, Vitalino (2017), p. 577 e seguintes

³³³ NOVAIS, Jorge Reis (2014), IDEM

³³⁴ AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 143; CANAS, Vitalino (1994), p. 624; NOVAIS, Jorge Reis (2014), p. 171 a 177; CANAS, Vitalino (2017), p. 605 e seguintes. Note-se que se o acto simplesmente definir as possibilidades ou clarificar os limites em causa, não se considera que haja uma restrição, visto que tem que diminuir em alguma medida as possibilidades para ser uma restrição, conforme CANAS, Vitalino (1994), p. 614

³³⁵ NOVAIS, Jorge Reis (2014), IDEM

considerar incumprido quando existe outro meio igual ou mais eficaz que provoca menos danos, acabando por se remeter os casos mais difíceis para o controlo da proporcionalidade em sentido estrito. Jorge Reis Novais sugere como solução para maior aplicabilidade do princípio o processamento integrado da aptidão e proporcionalidade de cada medida na comparação feita ao avaliar a necessidade³³⁶.

Acresce que esta comparação é já, na sua essência, uma ponderação ou sopesagem, que visa individualizar a norma concreta, ou seja, nestas situações, descobrir qual é o reflexo da norma de princípio no caso em mãos, o que depende sempre do contexto, no qual há várias medidas a concorrer a serem aplicadas, e são os “factores exteriores ao direito”, as circunstâncias específicas, a preencher os pressupostos da norma³³⁷.

5.3.3. PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

A proporcionalidade em sentido próprio ou estrito ocupa-se da relação entre o sacrifício imposto e o fim a alcançar, verificando se os fins a alcançar justificam os sacrifícios impostos aos particulares, contrapondo os valores positivos prosseguidos aos valores sacrificados ou efeitos negativos³³⁸.

Nesta apreciação feita através de ponderação³³⁹, releva o fim imediato a alcançar³⁴⁰, mas o decisor pode optar entre vários fins legítimos³⁴¹. Os critérios orientadores da proporcionalidade em sentido estrito são a gravidade da restrição, a importância dos interesses ou fins que justificam a restrição e a relevância dos interesses de liberdades protegidos pelo direito (fundamental)³⁴² a ser restringido. Nesta fase valoram-se também os dados circunstanciais de facto, como a quantidade de tempo durante a qual o particular é afectado. Considera-se que há desproporção apenas quando a vantagem é marginal, mas o sacrifício é enorme³⁴³.

³³⁶ IBIDEM

³³⁷ DUARTE, David (2006), p. 566, 567, 570 e 571; CANAS, Vitalino (2017), p. 675 e seguintes

³³⁸ AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 144; CANAS, Vitalino (1994), p. 628; NOVAIS, Jorge Reis (2014), p. 178 a 186; CANAS, Vitalino (2017), p. 805 e anteriores.

³³⁹ Ainda CANAS, Vitalino (2017), p. 675 e seguintes

³⁴⁰ E excluindo do âmbito de aplicação da proporcionalidade actos que prossigam finalidades mutuamente excludentes ou que deixam dúvidas insanáveis sobre qual a verdadeira finalidade prosseguida, conforme CANAS, Vitalino (1994), p. 617

³⁴¹ CANAS, Vitalino (1994), p. 613; PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998b), p. 651, nota de rodapé 13

³⁴² Embora Jorge Reis Novais faça a análise numa perspectiva constitucional em que os direitos afectados são direitos fundamentais, o princípio tem outros domínios de aplicação nos quais estes não estão em causa, conforme CANAS, Vitalino (1994), p. 599

³⁴³ NOVAIS, Jorge Reis (2014), IDEM

Não se exige que o meio restritivo escolhido seja o mais proporcional, bastando que não seja desproporcionado, pois já se garantiu não haver meios menos restritivos na avaliação da necessidade, cabendo ao decisor a escolha do meio que considere mais adequado. Além disto, nos casos em que os interesses em causa têm relevância equivalente, o princípio não tem efectividade³⁴⁴ - isto num contexto em que se parte da assunção de que os bens, interesses e valores em presença têm peso diferente³⁴⁵.

Numa última anotação metodológica, resta apontar que a doutrina considera que perante a dúvida acerca da proporcionalidade de um acto, se a proporcionalidade ainda assim for plausível, o acto deve poder persistir³⁴⁶. A esta perspectiva está subjacente o aproveitamento do acto, numa tentativa de permitir a subsistência do que seja útil no mesmo.

5.4. FIGURAS AFINS

Foram, entretanto, desenvolvidas sugestões para mais corolários do princípio da proporcionalidade.

5.4.1. RAZOABILIDADE

O corolário da razoabilidade ou proporcionalidade em geral, proposto por Jorge Reis Novais, mediando a relação entre a medida e a esfera pessoal dos afectados, avalia se o sacrifício imposto excede o que é legitimamente tolerável ou admissível, concentrando a análise na gravidade quantitativa ou qualitativa da medida restritiva. Este apuramento está dependente da situação concreta em apreço, pois o prejuízo da restrição pode variar consoante também diferem as pessoas afectadas³⁴⁷.

Defende-se aqui que este corolário adicional é desnecessário, pois embora a relação através da qual se faz o controlo deste corolário (medida-esfera pessoal do afectado) seja teoricamente diferente daquela sob análise na proporcionalidade em sentido estrito (fim a alcançar-sacrifício imposto/esfera pessoal do afectado), a apreciação das consequências para

³⁴⁴ IBIDEM

³⁴⁵ CANAS, Vitalino (1994), p. 607

³⁴⁶ CANAS, Vitalino (1994), p. 645

³⁴⁷ NOVAIS, Jorge Reis (2014), p. 187 a 190

os particulares afectados em específico é feita através de ambos estes corolários, duplicando-se assim a mesma avaliação³⁴⁸.

Parece que tal ocorre porque quando a proporcionalidade em sentido estrito avalia se o fim a alcançar justifica as consequências para os particulares, já está nesse passo a ponderar a medida específica ao analisar os seus efeitos ou consequências – isto possivelmente devido ao fim a alcançar e a medida que o prossegue terem entre si uma relação e valor interdependentes, já que a medida é tanto mais apta quanto melhor atinge o fim a prosseguir, e a importância do fim a atingir justifica melhor a medida adoptada.

5.4.2. DETERMINABILIDADE

O segundo corolário adicional referido pela doutrina é a determinabilidade, que apenas requer que o alcance das restrições seja determinado com suficiente precisão, permitindo que seja claramente reconhecido e previsível³⁴⁹.

Também em relação a este corolário se defende aqui que o mesmo é desnecessário, pois a precisão da medida é um pressuposto da avaliação da proporcionalidade, na qual, aquando da análise de aptidão, ao se apreciar a eficiência da medida para atingir o fim, se supõe que seja conhecido o seu alcance; na análise de necessidade não se conseguem comparar medidas cujo alcance seja desconhecido; e na análise de proporcionalidade em sentido estrito, não é possível saber quais as consequências da medida sem conhecer o seu alcance³⁵⁰.

5.4.3. PROIBIÇÃO DO DEFEITO

O mais recente desenvolvimento do princípio da proporcionalidade é o acréscimo do corolário da proibição do defeito ou da protecção insuficiente.

Este corolário, que depende da circunstância de se estar perante um patamar superior de exigência de protecção jurídica, determina que deve existir uma protecção mínima suficiente, e que perante a ausência desta a medida é inadequada³⁵¹.

A doutrina já distingue a proibição do defeito da proporcionalidade³⁵², mas defende-se também aqui que a proibição do defeito não deve ser considerada um corolário da

³⁴⁸ Também no sentido de rejeitar a razoabilidade como elemento da proporcionalidade, CANAS, Vitalino (2017), p. 344 e seguintes

³⁴⁹ NOVAIS, Jorge Reis (2014), p. 191 a 194

³⁵⁰ Também rejeitando a determinabilidade como corolário, apontando-a como um limite externo quanto à legitimidade do fim, CANAS, Vitalino (2017) p. 44, nota de rodapé 116, e 414 e seguintes

³⁵¹ OTERO, Paulo (2016), p. 372; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (2003), p. 273

³⁵² CANAS, Vitalino (2017), p. 301 e seguintes, e 899 e seguintes

proporcionalidade, porque a sua a aplicação ocasional, acrescida de ser um elemento integrante da avaliação de adequação, faz com que seja um mero pressuposto adicional na avaliação da idoneidade e apenas seja uma avaliação presente nas situações em existe um dever de protecção mínimo, estando ausente da avaliação de proporcionalidade em todas as outras situações.

5.5. REVISÃO

Foi visto até agora que a análise de proporcionalidade se foca em três eixos, relacionando as medidas a adoptar, o fim a prosseguir, e o sacrifício para o particular, tendo sido rejeitada a inserção de novos elementos *supra*. Há que questionar agora se estes elementos podem relacionar-se de formas diferentes.

A ordem de apreciação pela qual se faz o teste de proporcionalidade, analisando primeiro a aptidão, depois a necessidade, e por fim a proporcionalidade em sentido estrito, justifica-se pela impossibilidade de um acto ser necessário sem ser idóneo³⁵³.

Mas, e visto que os corolários existentes se desenvolveram em resposta ao contexto a que foram expostos, pode colocar-se a questão de saber se poderão analisar-se outras relações dentro da proporcionalidade, e se além de analisar as relações entre a medida e o fim, entre as várias medidas, e entre o fim e o sacrifício, o princípio poderia analisar também os vários fins a alcançar, comparando-os, ou os vários direitos sacrificados pela mesma medida, e até comparar a eficácia de cada medida a adoptar, do mesmo modo que o faz com as várias medidas disponíveis, estabelecendo preferências quanto aos fins prioritários ou direitos cuja preterição é mais prejudicial, usando os próprios valores já consagrados legalmente para as determinar³⁵⁴, e eventualmente utilizando uma matriz de decisão inspirada na de Stuart Pugh para escolher a solução.

5.5.1. APTIDÃO

Assim, no que toca ao corolário da aptidão, este beneficiaria de ser actualizado, devendo concretizar-se não meramente avaliando se a medida é apta para atingir o fim, mas sim

³⁵³ CANAS, Vitalino (1994), p. 629; e não obstante a referida proposta de Jorge Reis Novais de ser feita uma análise integrada dos corolários.

³⁵⁴ Referindo a absorção de valores que o ordenamento constitucional concreto seja capaz de lhe fornecer, a existência de pautas valorativas pré-dadas, e uma escala de valores retirada da própria Constituição, respectivamente, CANAS, Vitalino (1994), p. 630, 642 e 643

avaliando qual é a medida mais apta a prosseguir o fim – em conformidade com o princípio da boa administração entretanto consagrado no artigo 5º CPA que dita que a Administração se pautar por critérios de eficiência, economicidade e celeridade–, ordenando as medidas disponíveis numa escala de preferências, da mais apta para a menos apta.

Esta densificação contribui para sedimentar a autonomização do corolário da adequação³⁵⁵, diferenciando-o ao mesmo tempo do teste feito pela proibição de arbítrio, e embora faça a tal matematização impossível de valores, fá-lo tendo em consideração que embora os valores em questão possam não corresponder propriamente a um número, eles são certamente comparáveis entre si – e é essa a análise que a ponderação faz – sendo alguns superiores a outros, e alguns iguais entre si, sendo possível expressar relações de superioridade, inferioridade e igualdade sem sequer atribuir valores numéricos.

5.5.2. NECESSIDADE

No que toca ao corolário da necessidade, que compara as várias medidas possíveis analisando qual é a menos lesiva, já se faz uma comparação similar, sendo possível organizar uma tabela de preferências organizando-a pelas medidas da menos para a mais lesiva.

No sentido de evitar uma complexidade adicional, ao serem ordenadas, as medidas devem já integrar as considerações que se fazem acerca da sua intensidade, da quantidade de tempo da restrição, e de todos os bens secundários afectados.

5.5.3. PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Já a ponderação feita pela proporcionalidade em sentido estrito, comparando os bens a prosseguir aos bens jurídicos sacrificados, apresenta a mesma capacidade para os organizar numa escala de preferências do mais valioso para o menos valioso.

Este é o passo com mais potencial para se tornar mais complexo, devido a ter na sua ponderação a possibilidade de acrescentar os fins secundários que são alcançados simultaneamente. Sugere-se aqui que aquando da presença de fins secundários a serem concomitantemente alcançados, essa presença acrescenta valor ao fim principal, ao invés de se acrescentar uma ponderação acerca dos próprios fins secundários. No entanto, essa valoração não deve suplantar a de outro fim legítimo a alcançar que seja superior ao fim principal que tem anexos os fins secundários.

³⁵⁵ Para uma análise das doutrinas que negam a autonomia a este corolário, ver CANAS, Vitalino (2017), p. 600 e seguintes

Neste passo não será necessário considerar a gravidade e duração da restrição causada ao bem, pois estas já foram tidas em conta aquando da apreciação da lesividade das várias medidas, pelo que assim se faria uma mera duplicação da mesma apreciação, dando mais valor à lesividade do que aos outros elementos avaliados.

5.5.4. PRÁTICA

Veja-se então como funcionará essa matriz de decisão.

Tomem-se três medidas instrutórias hipotéticas, e avaliem-se as suas aptidões, lesividade e importância de valores.

A medida A pressupõe uma recolha de prova documental, que terá no entanto a capacidade de revelar outras informações sobre a reserva da vida privada do interessado, que embora sejam pouco susceptíveis de causar ao particular específico alguma lesão, sacrificam valores importantes ao serem reveladas.

A medida B pressupõe a recolha de prova testemunhal, que apenas facultará provas circunstanciais mas terá a capacidade de revelar outras informações sobre a reserva da vida privada do interessado, com a mesma aptidão para sacrificar valores importantes ao serem reveladas do que a medida A.

A medida C pressupõe uma prova pericial, que incide especificamente sobre os factos a provar e cuja lesividade é nula, e que não sacrifica valores importantes para o particular.

Desta configuração de opções e sua comparação resulta a ordenação seguinte:

Aptidão: $C > A > B$, ou seja, no que toca à aptidão, a medida mais apta é a C, a segunda mais apta a A, e a terceira mais apta a B.

Lesividade: $C > A > B$, ou seja, no que toca à lesividade das medidas, a menos lesiva é a C, seguida pela A e pela B.

Proporcionalidade: $C > (A = B)$, ou seja, no que toca à proporcionalidade das medidas, a mais proporcional é a C, sendo A e B igualmente desproporcionais.

Cumprido que está o primeiro passo, podem ainda atribuir-se valores a cada medida consoante estes elementos, até ao número máximo de três por ser essa a quantidade de medidas a comparar, da seguinte forma:

Aptidão: $C = 3$; $A = 2$; $B = 1$, ou seja, no que toca à aptidão, a C correspondem 3 valores, a A 2 valores, e a B apenas 1 valor.

Lesividade: $C = 3$; $A = 2$; $B = 1$, ou seja, no que toca à lesividade, a C correspondem 3 valores, a A 2 valores, e a B apenas 1 valor.

Proporcionalidade: $C = 3$; $A = 1$; $B = 1$, ou seja, no que toca à proporcionalidade, a C correspondem 3 valores, e a A e B apenas 1, respectivamente.

Se estivessem em causa quatro medidas a comparar, poderiam ser ordenadas com valores até quatro, e assim sucessivamente consoante a quantidade de medidas a comparar aumentasse. E embora se tenha atribuído o valor 1 às medidas A e B na proporcionalidade, se elas fossem ambas menos lesivas e o fossem em igual medida, poderia ter sido atribuído o valor 2 para expressar esse sacrifício de valores menos importantes. É importante restringir a escala dos valores a atribuir à quantidade de normas a ser comparada, de modo a evitar que sejam atribuídos valores arbitrários devido a estar a ser utilizada uma escala mais ampla do que o necessário.

Resta apenas somar os valores de cada medida, sendo o valor mais elevado o da medida mais proporcional, e o mais baixo o da medida mais desproporcional, no exemplo dado – nada impede que se faça a ordenação inversa atribuindo os valores mais baixos às medidas mais proporcionais, caso no qual a medida mais proporcional seria a que tivesse a soma total mais baixa.

Assim, a medida C é a mais proporcional com um total de 9 valores, a medida A é a segunda medida mais proporcional com um total de 5 valores, e a medida B é a medida menos proporcional com um total de 3 valores atribuídos.

A medida a escolher aqui seria a C, e em seguida a A, se por alguma razão a C não fosse viável, e assim sucessivamente.

A metodologia proposta permite uma análise positiva na qual se escolhe a medida marginalmente mais proporcional sem que seja necessária a presença de uma (des)proporcionalidade manifesta ou elevada para o princípio ser operacional, bastando uma diferença de apenas um valor para se apurar a mais proporcional, o que também está em conformidade com o princípio da Boa Administração cuja consagração agora dita que a Administração escolha a medida mais proporcional.

5.6. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Como visto acerca da evolução do princípio da proporcionalidade³⁵⁶, este surgiu num contexto em que a Administração se relacionava com os particulares de modo unilateral, no Direito de Polícia Prussiano³⁵⁷. Não surpreende, assim, que a sua formulação inicial visasse mediar as relações entre a Administração e os particulares quando aquela os coagia.

Entretanto as relações jurídicas da Administração expandiram-se muito, não só quanto à sua natureza e objecto, mas também aos seus intervenientes. Agora a Administração pode ser prestadora, além de impositiva; pode negociar contractos e ainda fazer actos ou criar regulamentos. E a interacção não é só entre a Administração e particulares, mas também pode envolver particulares que exercem poderes públicos, entidades públicas a agir no mercado como particulares, ou entidades públicas a interagir umas com as outras.

Perante um quadro tão complexo de relações, urge actualizar-se o âmbito de aplicação do princípio, e surge a questão de saber quais destas novas relações requerem a aplicação do princípio, leia-se, quais devem ser proporcionais ou se existe alguma que possa ficar isenta de o respeitar e admitir desproporcionalidades, e como pode o regime legal acompanhar esta expansão do âmbito de aplicação do princípio.

Na sua consagração, o artigo 7º do CPA e o artigo 266º da Constituição vinculam a Administração ao respeito pelos princípios gerais de actividade, e entre eles ao da proporcionalidade especificamente, entendendo-se que se estende a toda a actividade administrativa³⁵⁸. Embora o artigo 266º da Constituição faz uma consagração genérica, mas o artigo 7º do CPA enumera os corolários do princípio da proporcionalidade.

5.6.1. NATUREZA DA ADMINISTRAÇÃO

O artigo do CPA menciona apenas colisões³⁵⁹ com direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos³⁶⁰ de particulares³⁶¹, o domínio onde surgiu o princípio, o que gera

³⁵⁶ **REMISSÃO PARA PROPORCIONALIDADE/EVOLUÇÃO:**

³⁵⁷ CANAS, Vitalino (1997), p. 328; CANAS, Vitalino (2017), p. 28 e 71 e seguintes

³⁵⁸ CANAS, Vitalino (1994), p. 634. Afirmando também que a proporcionalidade é um princípio geral a que nenhuma área do direito interno nem nenhum acto administrativo está imune, AMARAL, Diogo Freitas do (2013), p. 140 e 141

³⁵⁹ Referindo que é um princípio de controlo sobre a adequação dos meios administrativos, sobretudo coactivos, CANOTILHO, José Joaquim Gomes (2003), p. 268

³⁶⁰ CANAS, Vitalino (1997), p. 353

³⁶¹ Indicando que o sentido geral do princípio é evitar cargas coactivas excessivas ou actos de ingerência desmedidos na esfera jurídica dos particulares, CANOTILHO, José Joaquim Gomes (2003), p. 273. Indicando que o princípio tem uma acepção amplíssima no sentido de salvar direitos, CANAS, Vitalino (1997), p. 337

dúvidas quanto à inclusão nesta protecção de situações causadas pela Administração Prestadora³⁶² nas quais não haja uma colisão no sentido clássico, mas sim uma abdicação de um direito a uma prestação por parte do interessado, na presença de uma coacção a aceitar a prestação da Administração; assim como a situação de poder sacrificar desproporcionalmente os interesses da Administração para favorecer o particular³⁶³.

Embora já hajam procedimentos que permitem que o particular abdique da sua posição de vantagem³⁶⁴, mas naqueles que não o fazem e têm uma atribuição automática do direito, parece desproporcional que um interessado tenha que aceitar o que lhe seja concedido sem mais; melhor seria a sua consagração genérica para todos os procedimentos no CPA.

5.6.2. RELAÇÃO ADMINISTRATIVA

A consagração no CPA também não acompanha a realidade das variadas formas de actuação da administração e suas relações interadministrativas³⁶⁵ que, tendo em consideração a variedade de formas legais disponíveis na organização da Administração, podem englobar situações de conflitos entre entidades relativamente autónomas perante as quais podem ser impostos sacrifícios desproporcionais sem existir um poder de tutela da entidade que os impõe.

Há também que colocar a questão de saber como se faz a ponderação de interesses numa relação interadministrativa em conflito, e se pode haver uma recusa legítima de uma entidade pública a participar num procedimento ou a prestar provas num procedimento de outra entidade pública- principalmente se não existir uma hierarquia³⁶⁶ que subordine uma das entidades à outra. E mesmo perante uma hierarquia, há que distinguir entre os vários poderes que pode ter a entidade hierarquicamente superior, e verificar perante o regime orgânico de cada entidade até que ponto a outra entidade pode determinar procedimentos instrutórios.

³⁶² CANAS, Vitalino (1997), p. 336. E mencionando que a acção do Estado está vinculada à prossecução do bem público, e não apenas no caso de actos agressores de direitos fundamentais, CANAS, Vitalino (1997), p. 338. Referindo que a administração usa o poder impositivo para prestar serviços ao particular, quer ele o queira ou não, SOARES, Rogério Ehrardt (1981), p. 176. Entendendo que se aplica aos conflitos de bens jurídicos de qualquer espécie, CANOTILHO, José (2003), p. 272.

³⁶³ OLIVEIRA, Mário Esteves de; Et al (2010), p. 104

³⁶⁴ Ver como exemplo o regime da tarifa social de energia, que prevê a atribuição automática da tarifa assim como a oposição à sua atribuição pelo beneficiário, no artigo 4º da Portaria n.º 178-B/2016.

³⁶⁵ DUARTE, David (2006), p. 635; SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a), p. 216. Referindo a possibilidade de o princípio se aplicar a actos privados que traduzam um sacrifício de direitos de terceiros, CANAS, Vitalino (1997), p. 339

³⁶⁶ OTERO, Paulo (2007), p. 856 a 858

5.6.3. APLICAÇÃO PARCIAL

A formulação do princípio no CPA poderia ainda gerar a dúvida de a adequação ser um teste feito sempre que o interesse público é prosseguido, e a necessidade e proporcionalidade estrita apenas se fizerem aquando da colisão com direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos dos interessados, como se de uma camada adicional de protecção se tratasse quando houvesse um potencial prejuízo, mas como se viu acerca das oscilações terminológicas³⁶⁷, basta a menção do princípio para se aplicar na sua totalidade³⁶⁸, quando de facto se verifica que o que está a ser invocado é o princípio e não outros institutos jurídicos.

5.6.4. ACTOS DISCRICIONÁRIOS E VINCULADOS

Numa perspectiva que restringe a aplicação do princípio ao tipo de acto em causa, diz-se que o princípio da proporcionalidade (entre outros) cede perante o princípio da legalidade, ou seja, quando a Administração actue através de actos vinculados, da qual é consequência que só os actos discricionários possam eventualmente estar sujeitos ao teste de proporcionalidade³⁶⁹.

É uma perspectiva que se restringe ao campo do Direito Administrativo, pois no Direito Constitucional, antes de a legalidade se formalizar em diploma e entrar em vigor, há parâmetros de Proporcionalidade a cumprir, pelo que a Proporcionalidade molda a legalidade desde a sua criação, não se podendo propriamente considerar que a Proporcionalidade é dispensada pela Legalidade nesse ramo de Direito.

No Direito Administrativo, estando a Administração adstrita a cumprir a lei já existente, é natural que nos contractos e actos³⁷⁰ onde haja pouca discricionariedade presente a Administração tenha uma menor capacidade para prejudicar o particular voluntariamente, fazendo com que a desproporcionalidade encontrada entre o Direito Administrativo advenha da própria lei que obrigou a Administração a ser desproporcional, ou tenha origem na possibilidade dada pela lei à Administração de agir como escolher, encontrando-se entre essas opções discricionárias uma desproporcional que foi não obstante tomada.

³⁶⁷ Ver Capítulo 5.2.

³⁶⁸ Não obstante a Administração estar à mesma obrigada a adequar os seus actos aos fins a alcançar em toda a sua actividade, de modo a não ser arbitrária.

³⁶⁹ RAMALHO, Inês Pires (2011), p. 201 e 202

³⁷⁰ Ao criar um regulamento, ao concretizar instruções dadas pela lei, a Administração terá mais possibilidades de mitigar qualquer desproporcionalidade sugerida pela lei.

5.6.5. ENCARGOS DO PROCEDIMENTO

Um campo também interessante de aplicação do princípio da proporcionalidade é o dos custos do procedimento. Visto que agora o CPA determina uma gratuidade tendencial³⁷¹, perspectiva que tem ínsita a noção de que todos os serviços prestados pela Administração têm valor, a ideia de que deve existir proporcionalidade entre as taxas e despesas e os serviços prestados³⁷² tem ainda mais relevância, pois aplicar-se-á o teste de proporcionalidade na maioria das situações, ponderando-se a relação entre cada serviço prestado, e as suas despesas, assim como quais destas despesas se devem repercutir no particular.

E o inverso desta ideia também tem consequências pragmáticas, pois se a gratuidade tendencial indicia que todos os serviços prestados pela Administração têm algum valor, quando estes não são prestados de todo, como no caso de omissões de actos ou licenças ou autorizações, ou até no âmbito da instrução do procedimento, nos casos em que a Administração peça perícias onerando o particular com os encargos das mesmas e estas acabem por se revelar desnecessárias, deverá haver a devolução dos encargos pagos ao particular.

5.6.6. DIFERIMENTO TÁCITO

Ainda mais interessante será o tratamento dado aos casos de diferimento tácito remanescentes no ordenamento jurídico, nos quais o particular adquire um benefício sem qualquer intervenção da Administração. É duvidoso que, não tendo a Administração tido qualquer custo, esta deva por sua vez cobrar algo ao particular, apesar de este ter obtido o dito benefício, visto que a Administração estaria a enriquecer sem causa nestas situações.

³⁷¹ Ver Capítulo 3.3.

³⁷² QUADROS, Fausto de; Et al (1994), p. 478. Também no âmbito do contencioso tributário, a Proporcionalidade foi invocada para sustentar a inconstitucionalidade de normas referentes a custas, conforme CANOTILHO, José Joaquim Gomes (2003), p. 271

6. CONCLUSÕES

Sobre a Discricionariedade:

1. O regime aplicável à discricionariedade, no que toca ao seu controlo jurisdicional, tem sido prejudicado pela fragmentação da discricionariedade em figuras afins e subtipos, começando a solução para o seu efectivo controlo jurisdicional por adoptar uma definição unitária de discricionariedade que englobe todos os fenómenos por ela abarcados e os sujeite ao mesmo regime de sindicabilidade judicial.

2. Dos vários limites aos quais a discricionariedade está sujeita, os princípios gerais da actividade, ao serem transversais a toda ela, são a ferramenta jurídica com mais potencial para sujeitar a discricionariedade administrativa a um controlo judicial efectivo.

3. Dos argumentos que são oferecidos pela doutrina acerca da sindicabilidade judicial, os mais fortes argumentos são a favor da mesma, visto que visam obter uma tutela jurisdicional efectiva, ao invés de se basearem na estrutura presente do ordenamento jurídico que a dificulta, como os argumentos que são contra essa sindicabilidade.

Sobre a Instrução:

4. Os particulares beneficiam do reconhecimento da definição de instrução como o momento procedimental de recolha de factos e determinação do Direito aplicável, pois a jurisprudência passada tinha vindo a negar aos interessados no procedimento protecção nos casos de ausência de audiência dos interessados devido a uma concepção estrita desta fase procedimental.

5. O princípio do aproveitamento do acto, quando é aplicado no Direito Administrativo, sugere que há parcelas do procedimento que não afectam a decisão final, o que se considera incorrecto, pois é utilizado como referência o objecto do procedimento viciado, quando o reinício do procedimento poderia reconfigurar o objecto do procedimento noutros moldes, dando origem a um procedimento e instrução diferentes.

6. Devido a alguns dos momentos procedimentais instrutórios serem opcionais para a Administração, assim como a dispensa de alguns poder ser fundamentada com base em critérios discricionários, acresce uma complexidade significativa a esta fase procedimental, sob a qual impende a responsabilidade de moldar a decisão final.

7. É com base nesta liberdade de configuração do procedimento e de avaliação da prova que se define a Discricionariedade Instrutória, que pode acumular-se com a Discricionariedade geral da norma, potenciando também desta forma uma maior quantidade de alternativas a incidir sobre outras alternativas disponibilizadas à Administração.

Sobre os Princípios:

8. Os Princípios podem surgir derivados de outros princípios ou por si mesmos, mas têm sido sempre desenvolvidos pela jurisprudência ou pela doutrina antes de serem consagrados na lei.

9. Devido à sua configuração expansiva, os princípios entram em situações de concorrência e conflito, defendendo-se que nas situações em que a lei tenha violado um princípio e apesar de tal ter sido aprovada, o princípio pode ser utilizado para justificar decisões contra o preceito na lei, devido a ser uma norma hierarquicamente superior.

10. Defende-se que é possível estabelecer uma hierarquia de princípios que possa revelar normas de prevalência que resolvam conflitos, explorando-se preferencialmente essa hierarquia analisando a legislação e jurisprudência dando atenção às normas especiais e excepcionais lá contidas, que revelam quais os bens jurídicos a preferir, embora se admita que talvez seja possível obter a mesma hierarquia olhando para o ordenamento jurídico tendo presentes os valores detidos para comunidade que aquele regula.

Sobre a Proporcionalidade:

11. Já se admitia que o Princípio da Proporcionalidade tinha algumas restrições na sua aplicação, tanto derivadas de incapacidades dos seus corolários de abrangerem situações mais semelhantes entre si, como resultantes da evolução do próprio Direito Administrativo que passou a regular novos tipos de relações jurídicas administrativas.

12. Rejeitam-se os corolários entretanto sugeridos para integrar o princípio, por duplicarem avaliações já feitas noutros corolários, por apenas explicitarem pressupostos comuns a todas as decisões administrativas, ou por apenas se aplicarem ocasionalmente em situações específicas.

13. Propõe-se a revisão dos corolários em conjugação com o, agora consagrado, princípio da boa administração, defendendo que a norma escolhida deve ser também a mais apta e a mais proporcional, e que a aptidão e proporcionalidade em sentido estrito devem consistir em comparações feitas de modo similar à contida no corolário da necessidade.

14. Sugere-se adicionalmente que seja adoptada uma matriz de decisão para de algum modo quantificar a proporcionalidade presente em cada medida avaliada e permitir a escolha de medidas ligeiramente mais proporcionais do que as outras.

15. Acompanham-se os pedidos já feitos na doutrina para que o princípio englobe as relações nas quais é parte a Administração Prestadora, assim como as relações interadministrativas, e sugere-se que a proporcionalidade se reflecte nos encargos do procedimento impedindo que sejam cobrados valores elevados por serviços que o particular não deseje ou não o beneficiem, assim como também se reflecte nas situações de diferimento tácito remanescentes no ordenamento jurídico impedindo que a Administração cobre valores sem ter providenciado qualquer serviço ao particular.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Mário Aroso de – *Teoria Geral do Direito Administrativo: O novo regime do Código do Procedimento Administrativo*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6141-2 [ALMEIDA, Mário Aroso de (2016)]

ALVES, Simone Lemos – *Discricionariedade técnica: a falência do conceito e a sua completa ultrapassagem pela doutrina*. Lisboa, 2007. Relatório de mestrado para a cadeira de Direito Fiscal apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa [ALVES, Simone Lemos (2007)]

AMARAL, Diogo Freitas do – *Curso de Direito Administrativo*. 2ª reimpressão da 2ª ed. 2013 Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-4407-1 Volume II [AMARAL, Diogo Freitas do (2013)]

AMORIM, João Pacheco de – *A instrução do procedimento: pareceres vinculativos e audiência dos interessados no Código do Procedimento Administrativo*. Cadernos de Justiça Administrativa. ISSN 0873-6294. Nº 82 (Jul.-Ago. 2010), p. 23-31 [AMORIM, João Pacheco de (2010)]

ANDRADE, José Carlos Vieira de – *Discricionariedade e reforma de actos administrativos vinculados desfavoráveis: Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1ª Secção) de 5.3.1996, P. 37 751*. Cadernos de Justiça Administrativa. ISSN 0873-6294. Nº 11 (Set.-Out. 1998), p. 10-15 [ANDRADE, José Carlos Vieira de (1998)]

AYALA, Bernardo Diniz – *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa: considerações sobre a reserva de administração, as componentes, os limites e os vícios típicos da margem de livre decisão administrativa*. Lisboa: Lex, 1995. ISBN 972-9495-38-6 [AYALA, Bernardo Diniz (1995)]

CANAS, Vitalino - *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN: 978-972-2407-02-78. [CANAS, Vitalino (2017)]

CANAS, Vitalino - *O princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e aplicações*. Em *Perspectivas Constitucionais II: Nos 20 Anos da Constituição de 1976*. Org. Jorge

Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN: 978-972-3207-86-6. vol. II. p. 323-357 [CANAS, Vitalino (1997)]

CANAS, Vitalino – *Proporcionalidade (Princípio da)*. Dicionário Jurídico da Administração Pública. ISBN 972-95523-5-5. Vol. VI (1994), p. 591-649 [CANAS, Vitalino (1994)]

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. (reimpressão da ed. 2003). Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-4021-065 [CANOTILHO, José Joaquim Gomes (2003)]

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital Martins – *Constituição da República Portuguesa: anotada*. 4ª ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007-2010. ISBN 978-972-32-1462-8. 2 volumes [CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital Martins (2007)]

CAUPERS, João – *Introdução ao Direito Administrativo*. 5ª ed. Lisboa: Âncora Editora, 2000. ISBN 972-780-053-x [CAUPERS, João (2000)]

CORREIA, José Manuel Sérvulo – *A jurisprudência constitucional portuguesa e o direito administrativo*. XXV Anos Jurisprudência Constitucional Portuguesa: Colóquio comemorativo do XXV aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1780-3 [CORREIA, José Manuel Sérvulo (2010)]

CORREIA, José Manuel Sérvulo – *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987. (Reimpressão em 2013) Tese de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, apresentada à Universidade de Lisboa através da Faculdade de Direito. ISBN 978-972-40-0263-7. [CORREIA, Sérvulo (1987)]

COSTA, Henrique Rodrigues da – *A inexistência de discricionariedade administrativa na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados*. Lisboa, 2010. Relatório de estágio de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas (Direito Administrativo), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa [COSTA, Henrique Rodrigues da (2010)]

DUARTE, David – *A discricionariedade administrativa e a competência (sobre a função administrativa) do Provedor de Justiça*. O provedor de Justiça, Novos Estudos. Lisboa: Provedoria de Justiça. ano 2008. p. 33 a 77. ISBN 978-972-8879-05-1 [DUARTE, David (2008)]

DUARTE, David – *A norma de legalidade procedimental administrativa: A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 978-972-40-2720-3 [DUARTE, David (2006)]

DUARTE, David – *A fundamentação e a linguagem: as suas funções ilocutórias e as medidas normativas de suficiência: Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1ª Secção) de 7.11.2002, P. 42 073*. Cadernos de Justiça Administrativa. ISSN 0873-6294. Nº 41 (Set.-Out. 2003), p. 36-50 [DUARTE, David (2003)]

DUARTE, David – *Os argumentos da interdefinibilidade dos modos deônticos em Alf Ross: a crítica, a inexistência de permissões fracas e a completude do ordenamento em matéria de normas primárias*. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. ISSN 0870-3116. Vol. XLIII – nº 1 (2002), p. 257-281 [DUARTE, David (2002)]

DUARTE, David – *Alguns problemas relativos à autovinculação administrativa: Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (Pleno da 1ª Secção) de 5.3.1997, P. 33 661*. Cadernos de Justiça Administrativa. ISSN 0873-6294. Nº 6 (Nov.-Dez. 1997), p. 3-12 [DUARTE, David (1997)]

DUARTE, David – *Igualdade e imparcialidade na autovinculação da administração*. Lisboa, 1992. Relatório de mestrado em direito administrativo, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa [DUARTE, David (1992)]

DUARTE, Maria Luísa – *A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados: contributo para uma análise da extensão do princípio da legalidade*. Sep. do Boletim do Ministério da Justiça, nº 370. Lisboa: Ministério da Justiça, 1987. ISSN: 0870-337x [DUARTE, Maria Luísa (1987)]

DWORKIN, Ronald - *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University, 2002. ISBN 0-674-86711-4. vol. XV [DWORKIN, Ronald (2002)]

GOMES, Carla Amado (2016) – *Da inutilidade dos pareceres no novo Código do Procedimento Administrativo*, in *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*. 3ª edição. Lisboa: AAFDL, 2016. ISBN 978-972-629-060-5. vol. I [GOMES, Carla Amado (2016)]

GUIGNON, Charles B. - *The Cambridge Companion to Heidegger*. 2ª ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006. (1ª ed. em 1993) ISBN 0-521-52888-7 [GUIGNON, Charles (2006)]

LAMEGO, José - *Elementos de Metodologia Jurídica*. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6737-7 [LAMEGO, José (2016)]

MACHETE, Pedro - *Conceito de instrução procedimental e relevância invalidante da preterição da audiência dos interessados: Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (Pleno da 1ª Secção) de 17.12.1997, P. 36 001*. Cadernos de Justiça Administrativa. ISSN 0873-6294. Nº 12 (Nov.-Dez. 1998), p. 3-18 [MACHETE, Pedro (1998)]

NOVAIS, Jorge Reis - *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. 1ª ed, reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN 978-972-32-2230-2 [NOVAIS, Jorge Reis (2014)]

OLIVEIRA, Mário Esteves de; GONÇALVES, Pedro Costa; AMORIM, João Pacheco de - *Código do Procedimento Administrativo*. 2ªed. Coimbra: Almedina, 2010 (reimpressão da ed. de 1997). ISBN 978-972-40-0989-6 [OLIVEIRA, Mário Esteves de; Et al (2010)]

OTERO, Paulo - *Manual de Direito Administrativo*. 2ª reimpressão da ed. 2013 Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-5388-2 Volume I [OTERO, Paulo (2016)]

OTERO, Paulo - *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Reimpressão da 1ª edição. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-1953-6 [OTERO, Paulo (2007)]

PORTOCARRERO, Maria Francisca - *Discricionariedade e conceitos imprecisos: ainda fará sentido a distinção?: Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1ª Secção) de 20.11.1997, P.*

39 512. Cadernos de Justiça Administrativa. ISSN 0873-6294. Nº 10 (Jul.-Ago. 1998), p. 26-46 [PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998a)]

PORTOCARRERO, Maria Francisca – *Notas sobre variações em matéria de discricionariedade*. Juris et de Jure – Nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa-Porto. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998. ISBN 972-8069-21-9. p. 645-715 [PORTOCARRERO, Maria Francisca (1998b)]

QUADROS, Fausto de; ALMEIDA, José Mário Ferreira de; OTERO, Paulo; FÁBRICA, Luís Sousa da – *Procedimento Administrativo*. Dicionário Jurídico da Administração Pública. ISBN 972-95523-5-5. Vol. VI (1994), p. 470-536 [QUADROS, Fausto de; Et al (1994)]

RAMALHO, Inês Pires – *O princípio do aproveitamento do acto administrativo*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. ISSN 0870-3116. Vol. LII – nº 1 e 2 (2011), p. 175-235 [RAMALHO, Inês Pires (2011)]

SAMBO, José Eduardo – *Evolução da figura da discricionariedade no direito português*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1992. Relatório de mestrado em direito administrativo [SAMBO, José Eduardo (1992)]

SOARES, Rogério Ehrardt – *Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISSN 0303-9773. vol. LVII (1981), p. 169-191 [SOARES, Rogério Ehrardt (1981)]

STRECK, Lenio Luiz – *Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ainda a questão da discricionariedade positivista*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISSN 0303-9773. vol. LXXXIV (2008), p. 559-589 [STRECK, Lenio Luiz (2008)]

SOUSA, António Francisco de – *“Conceitos indeterminados” no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. ISBN 972-40-0800-2 [SOUSA, António Francisco de (1994)]

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – *Direito Administrativo Geral: Introdução e princípios fundamentais*. 3ª edição reimpressa. Alfragide: Publicações Dom

Quixote, 2010. ISBN 978-972-20-3242-1 Tomo I [SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010a)]

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – *Direito Administrativo Geral: Actividade Administrativa*. 2ª edição reimpressa. Alfragide: Publicações Dom Quixote, 2010. ISBN 978-972-20-3879-9 Tomo III [SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de (2010b)]

VIEHWEG, Theodor – *Tópica y jurisprudência*. 2ª ed. Tradução de Luis Díez-Picazo Ponce de León. Madrid: Civitas, 2007 (ed. original 1953). ISBN 978-84-470-2869-6 [VIEHWEG, Theodor (2007)]