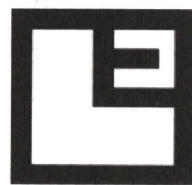


**REVISTA
DA FACULDADE DE
DIREITO DA
UNIVERSIDADE
DE LISBOA**

**LISBON
LAW
REVIEW**

2017/1



LVIII

Revista da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa
Periodicidade Semestral
Vol. LVIII – 2017/1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Universidade de Heidelberg)

Dinah Shelton (Universidade de Georgetown)

Jose Luis Diez Ripolles (Universidade de Málaga)

Juan Fernandez-Armesto (Universidade Pontifícia de Comillas)

Ken Pennington (Universidade Católica da América)

Marco António Marques da Silva (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Miodrag Jovanovic (Universidade de Belgrado)

Pedro Ortego Gil (Universidade de Santiago de Compostela)

Pierluigi Chiassoni (Universidade de Génova)

Robert Alexy (Universidade de Kiel)

DIRETOR

Maria do Rosário Palma Ramalho

COMISSÃO DE REDAÇÃO

David Duarte

Pedro Leitão Pais de Vasconcelos

Isabel Graes

Miguel Sousa Ferro

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Miguel Ferreira Martins

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO

LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Data: Agosto, 2017

Editorial

5-6 Nota do Diretor

Cátia Lopes Cardoso

7-17 Da desjurisdicionalização do processo de execução fiscal – breves considerações

David Duarte

19-34 Alguns problemas de teoria do direito no novo Código do Procedimento Administrativo

Diana Grilo

35-73 A alimentação adequada como ‘paliativo’ para a saúde

José Duarte Nogueira

75-95 O património cultural. Evolução e perspectivas de protecção. Bens de natureza identitária exclusiva ou primordialmente nacional, fora da alçada do Estado português. Uma nova categoria jurídica?

Mafalda Serrasqueiro

97-132 O Tribunal de Schrödinger: uma Justiça Constitucional simultaneamente politizada e neutra

Miguel Paquete

133-148 Purchasing stolen information and the theory of the original sin

Miguel Teixeira de Sousa

149-175 Preclusão e caso julgado

Pedro Pais de Vasconcelos

177-187 Direito Civil e natureza das coisas

Sofia David

189-228 A aplicação de princípios pelo juiz administrativo

A aplicação de princípios pelo juiz administrativo¹⁻²

Sofia David³

Resumo: A aplicação de princípios pelo juiz, pela indeterminação estrutural deste tipo de normas, potencia a sua actividade criadora do Direito ou permite-lhe uma certa discricionariedade judicial.

Com o presente trabalho pretendemos reflectir sobre o estabelecimento de métodos relativamente objectivos, constituídos por regras pré-definidas, que permitam controlar (externamente, intersubjectivamente) a actividade judicial.

Para levar a cabo a nossa reflexão, seguiremos de perto Esser, Dworkin e Alexy.

Atentaremos, ainda, na aplicação que tem sido feita, em concreto, pelo juiz administrativo, dos princípios, trazendo à discussão alguns casos judiciais.

Tentaremos, assim, apreciar a actividade judicial do juiz administrativo quando aplica princípios e o modo como essa actividade pode ser intersubjectivamente controlada.

Palavras-Chave: Princípios e regras; Discricionariedade judicial; Esser, Dworkin e Alexy.

Abstract: The application of legal principles by the judge, considering their structural indetermination, enhances his role in the creation of law, or gives him a wider margin of decision in his judicial activity.

Our purpose with this work is to reflect on the making of fairly objective methods, comprising pre-determined rules, which allow a control (externally, intersubjectively) over the judicial activity.

¹ Por opção da Autora o presente trabalho não segue o novo Acordo Ortográfico.

² O presente texto constitui a reformulação de trabalhos que se desenvolveram no âmbito do 3.º Ciclo de Estudos da FDUNL.

³ SOFIA DAVID (sofiamesquitadavid@gmail.com) Tribunal Central Administrativo Sul/Centro de Estudos Judiciários.

To carry on this task, we follow closely Esser, Dworkin and Alexy.

We will also pay attention to the current usage of principles by administrative judges, bringing up some court cases.

In this way, we will try to examine the activity of the administrative judge when applying principles, and how such activity can be intersubjectively controlled.

Keywords: Principles and rules; Judicial discretion; Esser, Dworkin and Alexy.

1. Razão de ordem

A aplicação de princípios pelo juiz, pela indeterminação estrutural deste tipo de normas, potencia a sua actividade criadora do Direito, permite-lhe uma certa discricionariedade judicial. Porém, numa sociedade como a nossa, fundada num Estado de Direito Democrático e Constitucional, baseado na soberania popular, que tem por alicerces o princípio da separação e da interdependência de poderes, requer-se a vinculação do julgador ao Direito vigente, não se aceitando que aquele julgador crie Direito *ex novo*. Exige-se, também, que as razões do julgador sejam expressas através de uma fundamentação capaz, que permita o seu escrutínio e compreensão no quadro daquela ordem jurídica, pautada pelos valores constitucionais.

Aos Tribunais incumbirá, assim, a tarefa de administrar a justiça, porquanto as opções primárias no que respeita à normatividade cabem (unicamente) ao legislador (constitucional e legal). Estão os juizes vinculados ao bloco de legalidade, só tendo “legitimidade democrática na exacta medida em que lhes cumpre descobrir e aplicar aos casos o direito que *já é*, carecendo de qualquer legitimidade para opções inspiradas por directivas políticas”⁴ (cf. artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa – CRP; cf., ainda, artigos 1.º, 3.º, 110.º, 111.º, 202.º a 205.º e 212.º, n.º 3, da CRP).

Para ajudar ao escrutínio e à compreensão da tarefa do juiz, na certeza que esta envolve uma certa discricionariedade judicial, vêm-se reclamando a *descoberta* de um método para a análise do processo da decisão judicial, tendencialmente de um método que tenha uma base objectiva, com regras pré-definidas, evitando-se que as decisões judiciais se formem de uma forma subjectiva, intuitiva ou até arbitrária.

⁴ In JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 144.

Neste sentido, entre várias, são comumente apontadas as ideias de Esser⁵, que alertaram pela primeira vez para a casuística judiciária, associada a um sistema aberto⁶ e à existência de princípios pré-positivos, que seriam apreendidos pelo juiz e sintetizados na decisão, que os valorava, a par da lei positiva, criando o Direito no caso concreto. Como forma de contrabalançar a discricionariedade judicial, Esser alude, porém, a algumas vias de controlo das decisões jurisdicionais, decorrentes de critérios extra-legais de valoração.

Dworkin⁷, sendo percussor na defesa da aplicação dos princípios pelo juiz e na criação do Direito por esta via, é também uma referência na matéria. O pensamento de Dworkin foi inspiração para as teses de Alexy e tem especial acutilância em sede de distinção de princípios e regras.

Alexy⁸ é talvez o Autor mais recente e que mais se invoca quando se estudam estas matérias. Alexy propõe-nos uma teoria estrutural (e integrativa) para o estudo das normas que consagram direitos fundamentais, que visa alcançar o estabelecimento de uma dogmática que permita a fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser, no âmbito destes direitos, de juízos que sejam acessíveis a controlos intersubjectivos. Comungando as normas de direitos fundamentais de características de normas-regra e de norma-princípio, o pensamento de Alexy é, assim, relevante para o nosso trabalho.

Neste estudo, seguiremos de perto o pensamento desses três Autores. Todavia, atendendo ao fim da nossa investigação e à realidade jurídica portuguesa daremos maior ênfase ao pensamento de Alexy no que concerne à busca de um método objectivo para o controlo da actividade do juiz. Referir-nos-emos a Dworkin, sobretudo, na distinção que estabelece entre regras e princípios. Isto porque, o pensamento deste último Autor está essencialmente focado no método de decisão

⁵ JOSEF ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. Eduardo Valentí Fiol, Bosch, Barcelona, 1961.

⁶ Sobre a ideia de sistema como limite para a obtenção do Direito, vide, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, trad. Menezes Cordeiro, 2.^a ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1996, pp. 149-235. Cf. também JOSÉ LAMEGO, “Fundamentação “Material” e Justiça da Decisão”, *Revista Jurídica*, n.º 8, Out./Dez., 1986, pp. 69-93.

⁷ Cf. RONALD DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, trad. Nelson Boeira, 1.^a ed, Martins Fontes, São Paulo, 2002.

⁸ Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Vírgilio Afonso da Silva, Malheiros Editores, São Paulo, 2008. ROBERT ALEXY, *Teoria da Argumentação Jurídica*, trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, Landy Editora, São Paulo, 2001. ROBERT ALEXY, *Teoria Discursiva do Direito*, trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2014.

do juiz nos sistemas anglo-saxónicos, baseados na *Common Law* e nos precedentes judiciais, realidade diversa da nossa, que está assente num sistema de normas escritas. De Esser, retiraremos os elementos da sua teoria que (consideramos que) se mantêm totalmente actuais, ou seja, os relativos à importância dos critérios valorativos na decisão judicial.

Não obstante a diferença, note-se, que cada vez mais, de forma similar ao sistema de precedente, no nosso ordenamento jurídico o juiz adquire uma atitude criadora e, nessa óptica, faz o Direito, ou desenvolve-o, ocupando a função judicial um campo que se questiona se não deveria permanecer (unicamente) no político-legislativo.

Aliás, neste momento, com o Código do Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA)⁹ e o alargamento dos poderes-deveres do juiz administrativo, começam a levantar-se discussões acerca de um modelo tecnocrático da função judicial ou de um governo dos juízes no âmbito da justiça administrativa¹⁰.

Nesta linha inserem-se as previsões constantes dos artigos 3.º, 71.º, n.º 2 e 95.º, n.º 5, do CPTA¹¹, quando exigem que o juiz administrativo aplique os princípios jurídicos “que vinculam a Administração” e explicita as suas “vinculações”, ainda que estejam em causa “atos jurídicos ou comportamentos que envolvam a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa, sem que a apreciação do caso concreto permita identificar apenas uma atuação como legalmente possível” – cf. também os artigos 7.º e 111.º, n.º 2, do CPTA.

Incluem-se estas imposições legais no actual estágio de desenvolvimento do Direito Administrativo, substantivo e contencioso, que já não é hoje encarado como tendo por único fito conferir poderes de autoridade à Administração Pública (para que possa prosseguir o interesse público e este prevaleça sobre os interesses privados), mas é ainda considerado como um meio protector dos direitos subjectivos dos administrados, protegendo-os dos excessos de poder. O actual contencioso administrativo perdeu o seu cariz eminentemente objectivo, de aferição da (mera) legalidade do acto administrativo, entendido como um acto de autoridade, para se tornar num contencioso subjectivo, pleno, no qual se requer ao juiz que julgue realizando o Direito, efectivando o bloco da legalidade. Reclama-se do juiz administrativo a aplicação das regras e dos princípios que vinculam a Administração e que garanta os direitos fundamentais dos administrados.

⁹ Aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22.02.

¹⁰ Cf. neste sentido, PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública, O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 287.

¹¹ Na versão introduzida pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02.10.

Nesta lógica subjectivista, entende-se que à Administração cabe, em primeira linha, a defesa dos direitos fundamentais, pois tal defesa inclui-se no próprio conceito de interesse público. Em segunda linha, aparecem os tribunais administrativos e os seus juizes, que estão adstritos já não à lei formal, mas a um princípio de juridicidade. O juiz administrativo é hoje um juiz que aplica directamente as normas-princípio, incluindo os princípios constitucionais (cf. artigos 212.º, n.º 3, 266.º e 268.º, n.º 4, da CRP).

O Direito Administrativo tornou-se num Direito Constitucional concretizado¹², porquanto a Administração “tem por função tornar realidade os direitos fundamentais e, assim, a liberdade e a igualdade”¹³.

Ora, esta nova feição do Direito e do Contencioso Administrativo traz problemas acrescidos, não só em termos de delimitação do princípio da separação de poderes, mas, ainda, em razão da necessária legitimação das decisões judiciais.

A aplicação directa dos princípios – constitucionais e gerais de Direito – pelo juiz administrativo abre um amplo campo de discricionariedade judicial. Confere-se ao juiz um espaço criativo, permitindo-lhe *ditar* o Direito, desenvolvê-lo (e não *criar* na verdadeira acepção da palavra, pois, para nós, o papel do juiz é descobrir e aplicar o Direito “que já é”¹⁴).

De um lado, o juiz *dita* o Direito quando as suas decisões criam regras a partir da interpretação que faz dos princípios e quando tais decisões acabam por constituir uma orientação uniforme da jurisprudência. De outro lado, o juiz *dita* a aplicação do Direito ao caso concreto, criando regras de decisão para a Administração, assim se substituindo a esta na execução que teria de fazer da lei.

Cabe-nos, portanto, reflectir sobre o estabelecimento de métodos relativamente objectivos, constituídos por regras pré-definidas, que permitam controlar (externamente) a actividade jurisdicional (legitimando-a), quando por via desta se aplica princípios e se *dita* o Direito.

¹² Expressão de FRITZ WERNER – in VASCO PEREIRA DA SILVA, “O Contencioso Administrativo como um «Direito Constitucional Concretizado» ou «Ainda por Concretizar?»”, *Ventos de Mudança no Contencioso Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 64. Cf. também PAULO OTERO, *Legalidade*, *ob. cit.*, p. 28.

¹³ HANS J. WOLFF / OTTO BACHOF / ROLF STOBER, *Direito Administrativo*, Vol. I, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2006, p. 504.

¹⁴ Cf. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução*, *ob. cit.*, p. 144.

2. As regras e os princípios

Regras e princípios, sendo normas jurídicas, gozam de uma estrutura idêntica, porquanto ambos comportam “uma estrutura tripartida formada assim por três elementos: (i) um elemento relativo ao campo de incidência do sentido de dever ser, que se designa como *estatuição*, (ii) um elemento que se reporta às condições desse sentido, a *previsão*, e (iii) um elemento relativo à modalidade do dever ser que a norma incorpora, o *operador deôntico*”¹⁵.

Porém, aos princípios jurídicos é usualmente imputada uma capacidade ordenatória alargada, porquanto servem para dar uma identificação ou sentido maior ao ordenamento jurídico, agregando e dando consistência reforçada às suas regras.

Não obstante esta distinção feita em termos gerais, não há unanimidade doutrinal no estabelecimento de critérios tipológicos para a inserção de um determinado enunciado como regra ou princípio¹⁶. Desde logo, a variedade dos enunciados das normas colide com o estabelecimento de critérios classificativos claros ou estanques.

Como nos ensina Canotilho, trata-se de uma distinção particularmente complexa e entre os vários critérios sugeridos pela doutrina há os seguintes: do grau de abstracção; do grau de determinabilidade; do carácter de fundamentalidade; da proximidade da ideia de direito ou da natureza normogenética¹⁷.

Canotilho, na senda de Alexy¹⁸, diz-nos que os princípios são normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida. A convivência dos princípios é conflitual, a convivência de regras é

¹⁵ In DAVID DUARTE, *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 76. Para desenvolvimentos, cf. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. José Lamego, 3.^a ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, pp. 349-379 e ROBERT ALEXY, *Teoria dos, ob. cit.*, pp. 51-64 e 86-90.

¹⁶ Para uma panorâmica da distinção e critérios, vide, HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 4.^a ed. revista, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, pp. 22-86.

¹⁷ Cf. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2000, pp. 1124-1225.

¹⁸ Cf. ROBERT ALEXY *Teoria dos, ob. cit.*

antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Assim, diz-nos Canotilho, que os princípios constituem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses, consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes, podendo harmonizar-se. Os princípios contêm apenas exigências ou *standards*, que em primeira linha (*prima facie*) devem ser realizados. Já as regras, desde que válidas, têm de cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, contêm “fixações normativas” definitivas, sendo insustentável a validade de regras contraditórias.

Como acima referimos, para o estudo da teoria dos princípios e da aplicação que deles deva ser feita pelos tribunais, é figura cimeira Esser.

Esser enfatizou a ideia de que a “interpretação é sempre e já desenvolvimento do Direito”¹⁹, que este não se restringe à lei, mas é o resultado de um processo de desenvolvimento e de concretização em casos objectivos, no qual a jurisprudência tem uma parte decisiva. Igualmente, o Autor chamou atenção para a existência de máximas decisórias e de princípios de valor a que os juízes podem ater-se, não decidindo apenas de acordo com uma valoração subjectiva.

Esser²⁰ indica os princípios jurídicos como enunciados jurisprudenciais, que resultam de uma “*naturalis ratio*”²¹, da “natureza das coisas, da *aequitas*”²² e da chamada “lógica jurídica”²³. Para Esser a maioria dos princípios não se deduzem nem de princípios mais gerais e positivados, nem do direito natural, ou de uma hierarquia pré-configurada de valores, nem se inferem indutivamente da lei. Os princípios serão ideias pré-positivas que se descobrem no caso concreto e só depois são expressos, cabendo aos tribunais a tarefa de os desvendar e transformar em direito positivo, dando-lhes forma e substância, declarando-os e introduzindo-os, dessa forma, no ordenamento jurídico. Os princípios são “um autêntico direito dos juristas, *ius commune quod sola prudentium interpretation existit*”²⁴. Esser configura, por isso, o sistema jurídico como algo aberto, porque extravasa as normas codificadas. A lei e as normas codificadas correspondem a uma forma de ordenação social que tem de ser actualizada a cada momento pelo juiz, em função da evolução

¹⁹ In KARL LARENZ, *Metodologia*, *ob. cit.*, p. 193.

²⁰ Cf. JOSEF ESSER, *Principio*, *ob. cit.*, especialmente pp. 5, 19, 27, 52-87, 169-179, 195, 311, 323 e 387- 394.

²¹ Razão natural.

²² Equidade.

²³ In JOSEF ESSER, *Principio*, *ob. cit.*, p. 73. Todas as traduções são nossas, a partir do espanhol.

²⁴ In JOSEF ESSER, *Principio*, *ob. cit.*, p. 311.

da sociedade nos seus diversos aspectos, sociais, económicos e culturais, porque os esquemas rígidos advindos de um modelo lógico e conceitual (do positivismo) não cobrem todas as realidades a necessitar de enquadramento jurídico.

Assim, para Esser a conformação dos princípios é feita jurisprudencialmente, por via da sua aplicação prática e é dessa forma que adquirem vinculatividade, caso não o sejam depois consagrados em norma positiva pelo legislador. É a prática judiciária que delimita e precisa o enunciado geral que constitui o princípio e que se encontra pré-positivado na natureza das coisas e das instituições²⁵.

Os princípios, ao invés das regras, não são ordens, mas apenas fundamentos para uma imposição, pois não têm a determinabilidade que caracteriza um comando. Os princípios são também mais gerais que as regras, concedendo um maior espaço de discricionariedade na sua interpretação ou aplicação. Desta forma, Esser distingue princípios e regras não só pelo seu diferente grau de abstracção e generalidade, mas sobretudo pela sua diferente força vinculativa.

Para além dos princípios, Esser refere a existência de *standards*, pautas ou critérios extra-legais de valoração, que considera que servem de guias para objectivar a actividade do juiz, que os deverá seguir nas suas decisões.

Ao juiz cabe desenvolver uma pré-compreensão das condições individuais e sociais que envolvem a decisão, que sejam aceites e consensuais na sociedade, naquele momento. Após, numa síntese judicial, o juiz deve tomar a decisão, na qual considera a norma legal, e ainda, outros juízos de valor não codificados, desde logo, os princípios.

Atribuindo aos princípios um papel preponderante e integrante do Direito, mais recentemente surge-nos Dworkin²⁶. Para este Autor, princípios e regras apresentam lógicas diferentes na orientação que fornecem. As regras aplicam-se inteiramente e de forma imediata, desde que ocorram os factos por elas previstos, não comportando outras excepções para além das contidas na própria regra. Diz Dworkin, que a regra se aplica numa lógica do “tudo-ou-nada”²⁷. Sendo válida a regra, a aplicação da mesma é obrigatória, nos seus precisos termos. Em situações de conflito entre regras, há que afastar uma delas através dos critérios da sua hierarquia ou da especialidade, declarando-a inválida.

²⁵ Cf. JOSEF ESSER, *Principio*, *ob. cit.*, p. 27.

²⁶ Cf. RONALD DWORKIN, *Levando*, *ob. cit.*, pp. 35-72, 113-125 e 243.

²⁷ In RONALD DWORKIN, *Levando*, *ob. cit.*, p. 39.

No que concerne aos princípios, entende Dworkin, que não têm aplicação binária, porquanto não estabelecem completa e concretamente os termos dessa aplicação e respectivas consequências jurídicas. Os princípios apenas orientam o intérprete-aplicador, sendo razões para a sua decisão, mas não a estipulam²⁸. Entende Dworkin, que os princípios se distinguem das regras, ainda, porque encerram uma *dimensão do peso ou de importância*²⁹. Em situações de conflito entre dois princípios, um deles, face às circunstâncias concretas, adquire um maior peso, afastando o outro. Mudadas essas circunstâncias, aquela *dimensão do peso* pode alterar-se. Nessa medida, os princípios depois de aplicados ao caso (decidido) podem criar ou gerar uma nova regra, que será seguida em ulteriores julgamentos.

Alexy³⁰ desenvolve a distinção entre princípios e regras, já proposta por Dworkin, reconduzindo-a a duas espécies de normas jurídicas, qualitativamente distintas, sendo que os princípios são *mandamentos de otimização* “que são caracterizados por puderem ser satisfeitos em graus variados”³¹. Haverá uma distinção não de grau, mas quanto à sua estrutura lógica destas diferentes normas.

Alexy critica a simplicidade do pensamento de Dworkin quando este distingue as regras e princípios entendendo que as primeiras são aplicadas de maneira “tudo-ou-nada”, o que pressupõe que é possível elencar todas as exceções a uma regra. Entende Alexy, que tal elenco é impossível, pois a casuística das possíveis exceções não é imaginável. Nesta medida, Alexy considera que as regras também não são sempre mandamentos definitivos, pois não são certas, em todos os casos, as consequências jurídicas da aplicação das regras ao caso concreto.

Mas tal como Dworkin, Alexy diz que os princípios têm uma dimensão de peso que os faz diferir das regras. Para Alexy os princípios são, antes de mais, *mandamentos de otimização*, a serem concretizados em diferentes graus, consoante a reserva fática e jurídica do possível³². Assim, a sua satisfação é variável. Tendencialmente os princípios não conterão um mandamento definitivo, mas *prima facie*, sendo razões para acções que podem ser afastadas por razões antagónicas. Não obstante, o Autor aceita que os princípios possam ser realizados completamente, quando não

²⁸ Cf. RONALD DWORKIN, *Levando, ob. cit.*, p. 114.

²⁹ In RONALD DWORKIN, *Levando, ob. cit.*, p. 42.

³⁰ Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria dos, ob. cit.*, pp. 86-120 e 144-179. Para ALEXY as normas que consagram direitos fundamentais reconduzem-se quer a princípios, quer a regras – cf. pp. 135-144 da referida obra. Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria Discursiva, ob. cit.*, pp. 185-259.

³¹ In ROBERT ALEXY, *Teoria dos, ob. cit.*, p. 90.

³² In ROBERT ALEXY, *Teoria dos, ob. cit.*, p. 90. Cf. pp. 103-109.

existam princípios e regras em colisão e em circunstâncias fácticas ideais, funcionando, nesse caso, como um mandamento de maximização.

Já as regras, para Alexy, desde que válidas, serão mandamentos definitivos e não-de ser cumpridas nos exactos termos nelas previstos, não se coadunando, à partida, com realizações parciais.

Alexy considera, porém, que nem todos os princípios têm o mesmo carácter *prima facie* e que nem todas as regras têm o mesmo carácter definitivo. A necessidade de introduzir cláusulas de excepção às regras faz que percam o seu carácter definitivo. Por seu turno, o carácter *prima facie* dos princípios pode ser reforçado por argumentação e por via dos precedentes, podendo vir a formarem-se regras com base em princípios.

Para Alexy a distinção entre princípios e regras também se alcança em casos de colisões. Um conflito entre duas regras implica a introdução de uma cláusula de excepção que elimine o conflito ou a declaração de uma das regras como inválida (não sendo o conceito de validade jurídica graduável para o caso das regras jurídicas). Já no conflito entre princípios deve ser resolvido recorrendo-se à ponderação, devendo um princípio (que se mantém válido) ceder em favor do outro. Nas circunstâncias concretas haverá uma relação de precedência entre os princípios, que alcançarão pesos diferentes, que terão de ser ponderados ou balanceados em função dos interesses em jogo. Para esta ponderação Alexy invoca a máxima da proporcionalidade, nas suas três vertentes, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade. Diz-nos Alexy que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do facto de os princípios serem mandamentos de optimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de optimização. Chama-lhe Alexy a “lei da colisão”³³. Não existe em abstracto uma precedência entre princípios e a sua referência a acções e situações também não é quantificável abstractamente. Existem, sim, princípios mais fracos e princípios extremamente fortes, como ocorre, por exemplo, com o princípio da dignidade da pessoa humana, que na Constituição Alemã tem natureza de regra (tal como na Portuguesa – cf. artigo 1.º da CRP).

Como mandamentos de optimização, os princípios pertencem ao âmbito deontológico, do dever-ser, assim se distinguindo dos valores, que apelam a um conceito axiológico (de bom). Em situações de colisão, os princípios exigem um modelo fundamentado,

³³ In ROBERT ALEXY, *Teoria dos, ob. cit.*, pp. 99, 116-120 e 135-141.

que ligue o postulado da racionalidade do *sopesamento*³⁴ à fundamentação do enunciado de preferência. Desta forma, formula Alexy a chamada lei do *sopesamento*, que reconduz à seguinte afirmação “Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afectação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”³⁵. Trata-se de uma tarefa de optimização, que terá de ser aliada a uma fundamentação racional, que não obstante ser tomada para um caso particular, pode vir a ser a base para uma regra.

O pensamento de Dworkin e de Alexy é próximo da distinção efectuada entre princípios e regras por variadíssimos Autores, aqui se indicando apenas, para além de Canotilho, Reis Novais³⁶, António Cortês³⁷, José Lamego³⁸, ou já no campo do direito administrativo, David Duarte³⁹ e Moniz Lopes⁴⁰.

Façamos nota especial ao pensamento de António Cortês, quando defende que a distinção entre princípios e regras se reconduz a uma diferente atitude metodológica ou a dois grandes modelos de sistema jurídico (de regras e de princípios), não sendo uma distinção entre duas categorias de normas ou de parâmetros normativos. Aponta o Autor, para a aplicação dos *princípios jurídico-normativos* consignados no texto legal, e ainda, para os “princípios ideais que justificam o *sistema jurídico no seu conjunto* e que correspondem ao núcleo essencial do Direito (*princípios mais universais do Direito*)”⁴¹, princípios que podem ter uma dimensão não escrita, que apontam para um “sistema móvel”⁴², aberto, que “*asseguram a pretensão de justiça e correcção do sistema jurídico*”⁴³. Apela António Cortês para uma

³⁴ Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria dos*, *ob. cit.*, pp. 163-179 e *Teoria Discursiva*, *ob. cit.*, pp. 191-197.

³⁵ Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria dos*, *ob. cit.*, p. 167.

³⁶ JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 322-353.

³⁷ Cf. ANTÓNIO CORTÊS, *Jurisprudência dos princípios: ensaio sobre os fundamentos da decisão jurisdicional*, UCE, Lisboa, 2010, pp. 10, 28, 127-146 e 246-279.

³⁸ Cf. JOSÉ LAMEGO, “Discussão sobre princípios jurídicos”, *Revista Jurídica*, n.º 4, Out/Dez. 1985, pp. 106-112.

³⁹ Cf. DAVID DUARTE, *A norma*, *ob. cit.*, especialmente pp. 129-159.

⁴⁰ Cf. PEDRO MONIZ LOPES, *Princípio da boa fé e decisão administrativa: estrutura e operatividade na discricionariedade conferida por normas habilitantes*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 40-94; KARL LARENZ, *Metodologia*, *ob. cit.*, pp. 674-696.

⁴¹ In ANTÓNIO CORTÊS, *Jurisprudência*, *ob. cit.*, p. 138.

⁴² Expressão que ANTÓNIO CORTÊS imputa a W. WILBURG / BYDLINSKI, em *Jurisprudência*, *ob. cit.*, p. 139, nota de rodapé n.º 362.

⁴³ In ANTÓNIO CORTÊS, *Jurisprudência*, *ob. cit.*, p. 140.

ideia de Direito como valor constituinte, para os princípios mais universais que determinam aquela ideia. Nesta lógica, aceita o Autor que os princípios têm uma prioridade axiológico-normativa e que, assim, podem ser aplicados quer *praeter legem*, quer, se necessário, *contra legem*, ou contra o sentido literal da regra escrita, obviando resultados insatisfatórios e incorrectos que resultariam da estrita aplicação da regra, garantindo uma unidade do sistema jurídico⁴⁴.

Como veremos, os princípios ideais ou as ideias principiológicas, ético-jurídicas, em que se funda o sistema jurídico, o Direito vigente e a sua normatividade, são frequentemente invocados nas decisões jurisprudenciais tendo em vista a interpretação dos demais princípios jurídicos, nomeadamente através da interpretação sistemática ou teleológica. Porém, tais ideias fundantes do ordenamento jurídico, aqui se incluindo os princípios não escritos, nunca são utilizadas autonomamente, directamente, como a norma base em que se fundamenta a decisão judicial. Estes princípios servem só para integrar e interpretar o demais Direito.

Distingue-se, assim, dentro da diversidade dos princípios, aqueles que são, nas palavras de Larenz, “princípios jurídicos técnicos”, de outros que constituem “ideias”, que são pautas orientadoras da normação jurídica e permitem o “desenvolvimento do Direito superador da Lei de acordo com um princípio ético-jurídico”⁴⁵. Corresponderão estas ideias principiológicas a uma consciência jurídica da época e a uma ideia de Direito⁴⁶. Estas últimas ideias reconduzem-se aos princípios que antes demos conta como sendo também indicados por António Cortês.

Ou seja, a força expansiva do conceito *norma* permite conceber a existência de princípios não escritos, totalmente abertos, que apresentando uma razão superior, aferida em termo axiológico-materiais (e não apenas hierárquico-formais), podem infirmar Direito legislado ordinário⁴⁷.

⁴⁴ Cf. ANTÓNIO CORTÊS, *Jurisprudência, ob. cit.*, pp. 10, 28, 127-146 e 246-279. Entre nós, há muito defendendo a ideia de um discurso jurídico ligado a um discurso legitimador universal, enraizado na cultura e com o estabelecimento de princípios supra positivos, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução, ob. cit.*, pp. 284-293 e 307-325. Vide, igualmente, MARIA LÚCIA AMARAL, *A forma da República: uma introdução ao estudo do Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 121-126, quando distingue os princípios gerais do sistema dos constitucionais.

⁴⁵ In KARL LARENZ, *Metodologia, ob. cit.*, p. 599. Cf. também pp. 316 e 674-696.

⁴⁶ Cf. KARL LARENZ, *Metodologia, ob. cit.*, pp. 599-610.

⁴⁷ Mas não o constitucional, na nossa óptica.

Num e noutros casos, porque todos estes princípios – escritos e não escritos, mas que apresentam uma especial força axiológico-material – têm força vinculante, porque são normas jurídicas impositivas de uma optimização, impõem-se os mesmos ao juiz, que tem o dever de os aplicar e de os concretizar, com o fito de alcançar a decisão correcta, porque a mais justa.

3. A análise do processo de decisão judicial tal como resulta das normas positivadas

Já avançamos que para nós o papel do juiz é *ditar* o Direito, *constituí-lo*, não *criá-lo* em substituição do legislador. Aceitamos a tese de Esser quando entendida como competindo ao juiz descobrir o Direito contido nos princípios e *transformá-lo* em regra aplicável ao caso prático (eventualmente generalizável, por força da jurisprudência maioritária que nesse sentido se forme). Não acompanhamos Dworkin e o seu juiz Hércules, que por via da ponderação de bens se transforma em legislador (situação que Dworkin configura para o juiz do Tribunal Constitucional).

Assim, considerando que a tarefa do juiz tem por base a normatividade vigente⁴⁸, iniciaremos o estudo com a apreciação das normas legais que determinam o método de *trabalho* do juiz.

No nosso ordenamento jurídico a função da magistratura judicial é a de administrar a justiça, de acordo com as fontes a que, segundo a lei, o juiz deva recorrer. O juiz é independente nessa administração (cf. artigos 202.º, 203.º, 205.º, da CRP, 3.º, 4.º, do Estatuto da Magistratura Judicial⁴⁹, 5.º, n.º 2 e 607.º, n.ºs 3 a 5, do Código de Processo Civil – CPC).

Significa isso, que na sua actuação o juiz está subordinado apenas à lei (ao bloco de legalidade), gozando de independência em relação às decisões de outros tribunais e juízes (ressalvando-se os casos de recurso). Não está o juiz obrigado a observar orientações jurisprudenciais sobre casos análogos. Não vigora o sistema de precedente, por isso, as decisões jurisprudenciais anteriores sobre casos semelhantes não vinculam o juiz, que, nessa medida, tem liberdade de interpretação da lei.

⁴⁸ Como já referimos, será uma normatividade que pré-existe, ainda que possa resultar de uma valoração do juiz, feita à luz dos princípios jurídicos, desde logo, dos constitucionais – cf. a este propósito KARL LARENZ, *Metodologia*, *ob. cit.*, pp. 519-520. Cf. também pp. 599-610.

⁴⁹ Cf. a Lei n.º 21/85, de 30.07, nas suas alterações.

Consequentemente, a nossa jurisprudência é mais evolutiva, mas é, também, mais instável ou menos previsível.

Assim, na busca de um método de controlo do processo de decisão judicial, que permita introduzir segurança e previsibilidade na mesma, há, antes de mais, que recorrer aos próprios preceitos do sistema jurídico que estabelecem regras sobre a matéria⁵⁰.

Essas regras residem, *primo*, na CRP, que no n.º 1 do artigo 205.º, determina a obrigação de fundamentação das decisões dos tribunais (que não sejam de mero expediente) “na forma prevista na lei”.

Quanto à função da fundamentação da decisão judicial, é pacificamente aceite como se reconduzindo quer à função objectiva de legitimação da própria decisão, quer à função subjectiva, de garantia de recurso. No que concerne ao modo da fundamentação da decisão, é igualmente pacífico dever ser uma fundamentação expressa e suficiente, aferida pela compreensibilidade das razões da motivação, atendendo à figura do *homem médio*, colocado na posição de real destinatário.

Como corolário dessa imposição constitucional encontramos os artigos 154.º, 607.º, n.ºs 2 a 6, 608.º, 609.º, 611.º do CPC, 94.º e 95.º do CPTA. Nesses preceitos determina-se que as decisões judiciais sejam fundamentadas de facto e de direito, através da adopção de um discurso jurídico escorreito e coerente, que seja imputável ao próprio julgador, que terá de expressar um raciocínio e ponderação autónomos. Daí a proibição do n.º 2 do artigo 154.º do CPC, de fundamentação por simples adesão (não obstante a excepção prevista no n.º 5 do artigo 94.º do CPTA). A fundamentação da decisão judicial deve conter a indicação da factualidade provada e não provada, as razões da convicção do julgador, as razões legais às quais se subsumiu aquela factualidade, mencionando-se as respectivas normas aplicáveis, a interpretação que delas se fez e os efeitos jurídicos que se retirou. A falta de fundamentação implica a nulidade da decisão judicial (cf. artigos 613.º, n.º 3 e 615.º, n.º 1, do CPC).

Impõem os ns.º 3 do artigo 607.º *in fine* do CPC e n.º 2 do artigo 94.º do CPTA, que o juiz inicie a sua tarefa decisória com a subsunção da factualidade apurada ao direito aplicável, ou seja, que comece por indicar as normas jurídicas que se aplicam ao caso concreto, tal como vem delimitado pelos factos que foram dados

⁵⁰ Ressalve-se que, para nós, as directrizes do legislador sobre a interpretação da lei que emana não-de ser tidas, sobretudo, como critérios orientadores, a seguir pelo julgador. Assim, tais critérios legais não constituem o monopólio das respectivas regras, ou sequer permitem excluir a aplicação de outras prescrições doutrinárias ou jurisprudenciais que se vão formulando sobre a matéria.

por provados. Após, terá o juiz que interpretar essas normas jurídicas, fixando o seu sentido e alcance. De seguida, caber-lhe-á aplicar as normas interpretadas, atribuindo o correspondente efeito jurídico. Por fim, terá que julgar, decidindo, estabelecendo o direito no caso concreto.

Na tarefa de interpretação das normas jurídicas regem os n.ºs 2 e 3 do artigo 9.º do Código Civil (CC), que remetem para a interpretação literal, determinando que na fixação do sentido e alcance da lei o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados⁵¹.

Mas como ensinava Francesco Ferrara, “o sentido literal é apenas o conteúdo possível da lei: para se poder dizer que ele corresponde à *mens legis*, é preciso sujeitá-lo a crítica e a controlo.”⁵² Após um primeiro estágio, o da interpretação literal (gramatical, linguística e verbal), poderemos passar para “meios mais finos de indagação”, com a interpretação lógica e racional, aqui atendendo aos elementos racional, sistemático e histórico⁵³.

Assim, não obstante a letra da lei ser o ponto de partida para a acção do juiz, este não está confinado àquela letra. Aliás, todas as palavras encerram alguma polissemia, pelo que interpretar a lei, mesmo quando se usa apenas a interpretação literal, será sempre a descoberta dos sentidos possíveis da palavra legal. Interpretar a lei não pode ser vista como uma tarefa de descoberta do único sentido da norma legal, mas terá sempre de ser encarada como a tarefa de atribuir à palavra legal o seu melhor sentido, à luz do sistema legal vigente⁵⁴.

⁵¹ Para mais desenvolvimentos acerca da interpretação das leis, cf. KARL LARENZ, *Metodologia*, *ob. cit.*, pp. 439-500. KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. J. Baptista Machado, 3.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1972, pp. 111-122 e 147-164.

⁵² In FRANCESCO FERRARA, *Interpretação e Aplicação das Leis*, trad. Manuel de Andrade, 2.ª ed., Arménio Amado, Editor Sucessor, Coimbra, 1963, p. 138.

⁵³ Cf. FRANCESCO FERRARA, *Interpretação*, *ob. cit.*, pp. 139-146. Identicamente, MANUEL ANDRADE, *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, Editor Sucessor, Coimbra, 1963, pp. 64-66. Cf. também, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução*, *ob. cit.*, pp.175-192; KAARL ENGISCH, *Introdução*, *ob. cit.*, pp. 112-122 e 139-164; PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, Vol. I, 6.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1965, p. 145; OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 3.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1983, pp. 310-326.

⁵⁴ Refira-se, que tem-se por superada a ideia oriunda de um positivismo legalista, característico do Estado Liberal do século XVIII, que reconduz a tarefa do juiz à de mero aplicador do Direito, adstrito a uma simples subsunção legal – cf. a este propósito, para mais desenvolvimentos, entre outros, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Ciência do Direito e Metodologia Jurídica nos Finais do Século XX”,

Para além disso, o sistema jurídico é composto por regras e princípios, sendo que estes últimos podem não resultar da *letra da lei*, porquanto podem não estar escritos, derivando do Direito como valor fundamental, ou podem estar apenas enunciados pelo legislador. Ora, nestes casos, a valia da interpretação literal torna-se quase nula, tendo-se que recorrer, necessariamente, à interpretação lógico-racional. A obtenção do Direito no caso concreto, sobretudo quando estamos a interpretar e a aplicar princípios, apela, essencialmente, para uma interpretação sistemática-teológica, que busca orientação nas razões ético-jurídicas que fundam a normatividade do Direito, nas diversas ideias principiológicas que estão na sua base, enquanto um sistema normativo correcto ou justo.

Nestas circunstâncias, porque sem base na interpretação literal, abre-se um amplo campo de discricionariedade ao interprete-aplicador. Quando o juiz decide aplicando directamente princípios, o processo decisório excede em muito a mera subsunção legal. Tal processo apela para um preenchimento do próprio sentido das normas pelo julgador, em função da interpretação que lhe é dada, mas ainda considerando o efeito jurídico que a sua aplicação vai implicar naquele caso concreto. Fundir-se-ão numa única operação lógico-racional os momentos da interpretação das normas e da sua aplicação⁵⁵. Imbricam-se e interpenetram-se esses dois momentos, porquanto é o efeito jurídico da aplicação das normas ao caso concreto que reclama a interpretação que tenha que ser dada às próprias normas (pela aplicação directa dos vários princípios ou pelo afastamento da regra que com eles colide), garantindo-se por essa via o Direito (justo)⁵⁶.

Revista da Ordem dos Advogados, III, Ano 48, Dezembro 1988, especialmente pp. 759 a 768. JOSÉ DE SOUSA BRITO, “Da teoria da interpretação de Savigny e da sua influência”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Vol. LXII, 1986, pp. 187 a 206. CHAIM PERELMAN, *Lógica jurídica: nova retórica*, trad. Virgínia K. Pupi, Martins Fontes, São Paulo, 2000, especialmente pp. 31 a 35. Acerca da codificação e da vinculação do juiz à lei, vide, também, WINFRIED HASSAMER, “Sistema jurídico e codificação: A vinculação do juiz à lei”, in, *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, org. ARTHUR KAUFMANN / WINFRIED HASSAMER, trad. Marcos Kell e Manuel Seca de Oliveira, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002, pp. 281 a 301.

⁵⁵ KARL LARENZ indica a interpretação, ainda que literal, já como um “processo de olhar para a frente e para trás”, que requer de imediato “uma conjectura de sentido”. In *Metodologia*, *ob. cit.*, pp. 287 e 288.

⁵⁶ Cf. em sentido próximo, KARL LARENZ, *Metodologia*, *ob. cit.*, pp. 338 e 423. Realce-se a nossa concordância com a ideia de uma aplicação do Direito que requer um processo de compreensão desse mesmo Direito enquanto algo justo, aceitando as correntes de cariz jusnaturalistas que estão na base do pensamento de ESSER, DWORKIN OU ALEXY.

Quando se interpretam e aplicam princípios, na base dos correspondentes raciocínios estarão juízos axiológicos (de valor) ou deontológicos (de dever-ser), que apelam para um subjectivismo do julgador. Nestas operações de interpretação e de aplicação do Direito reclama-se do interprete-aplicador, também, uma tarefa de ponderação, de *sopesamento*, ou de harmonização prática entre os bens ou valores jurídicos em presença.

O juiz, quando aplica princípios, desenvolve uma tarefa interpretativa, lógico-racional, que apela a elementos teleológicos, axiológicos ou finalísticos. Tal ponderação faz parte do raciocínio que está na base da interpretação teleológica. Ponderam-se os valores, a sua ordem e hierarquia, dentro da ideia de Direito que se tenha. Nas palavras de Larenz, “a necessidade de um pensamento “orientado a valores”⁵⁷ surge com a máxima intensidade” na interpretação e aplicação de princípios. Mas esta operação metodológica não deixa de encerrar um momento principal, que é interpretativo, ao qual se alia – ou no qual se inclui – um outro momento, de ponderação. Nesta operação de descoberta do sentido e alcance do princípio, o juiz incorpora um juízo (dialéctico⁵⁸) relativo aos efeitos da aplicação da norma no caso concreto, com a interpretação/ponderação que lhe concedeu. Ou seja, na interpretação considera-se a aplicação que se tem que fazer. Os vários momentos não são estanques nem sucessivos, fundem-se ou estão numa constante recíproca. O Direito justo⁵⁹ é para o juiz aquele que resulta da interpretação que fez do princípio, para o aplicar ao caso concreto, que carece dessa justiça.

4. A análise do processo de decisão judicial na “Teoria da Argumentação Jurídica” de Alexy

Aqui chegados, pergunta-se, como deve ser fundamentada a tarefa de interpretação finalística, de ponderação ou de *sopesamento* de bens jurídicos? Tal tarefa, certamente, não pode reconduzir-se à externalização de intuições, de juízos ou de critérios meramente pessoais do julgador. Essa tarefa terá que encerrar elementos objectivos, que permitam um verdadeiro escrutínio exterior, um controlo intersubjectivo, em termos de consenso ou de aferição de uma correcção.

⁵⁷ Cf. KARL LARENZ, *Metodologia*, *ob. cit.*, p. 310.

⁵⁸ Cf. KARL LARENZ, *Metodologia*, *ob. cit.*, pp. 293 e 297.

⁵⁹ Expressão de STAMMLER – cf. KARL LARENZ, *Metodologia*, *ob. cit.*, pp. 120-125.

Nessa perspectiva, com o fito de avaliar a correcção racional dos juízos valorativos, Alexy constrói uma “Teoria da Argumentação Jurídica”⁶⁰, com base numa ideia (objectiva, universal e pré-existente) de racionalidade, ao invés de uma teoria da interpretação jurídica, que delimitaria a questão ao próprio sistema jurídico. O escrutínio dos juízos ponderativos é apreciado através da racionalidade da respectiva argumentação, que terá que seguir diversas regras pré-definidas, que o Autor indica precisamente. Chama-lhe Alexy de “código da razão prática”. Trata-se de um acervo de vinte e duas regras⁶¹ e de seis formas de argumentos, do tipo de discurso prático geral (e racional), que são transpostas para o discurso jurídico.

Para Alexy, um discurso verdadeiro e sincero implica uma linguagem unívoca, com consistência lógica, que assente em quatro regras básicas, nomeadamente, (1) que nenhum orador se contradiga; (2) que só afirme o que crê; (3) que quando aplique um predicado F a um objecto esteja preparado para aplicar o mesmo predicado a objectos que sejam iguais ou semelhantes nos seus aspectos relevantes; (4) diferentes oradores não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.

Depois, Alexy aponta para quatro outros grupos de regras, que apelida de “regras da racionalidade”, de “regras para alterar o encargo do argumento”, ou para “partilhá-lo”, de “formas de argumento” e de “regras de justificação”. Conforme estas regras, cada uma das afirmações feitas tem de poder ser justificada e terá sempre que haver uma igualdade discursiva, conseguida pela participação na discussão de outros, com diferentes argumentos. Por exemplo, afirma Alexy, como a primeira regra deste conjunto, que todo orador precisa apresentar razões para o que afirma, quando lho pedirem, a menos que possa citar razões que justifiquem uma recusa em dar justificação. Formulam-se depois regras que consistem em obrigações de justificação expressa e que permitem também a desoneração do dever de argumentar para além do já explicado. Entre as regras que Alexy elenca, incluem-se as regras importadas da moral social que forem passíveis de justificação racional. Por último, Alexy menciona um conjunto de “regras de transição” entre as diferentes formas de discurso.

⁶⁰ Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria da*, *ob. cit.*, especialmente pp. 26-36, 54-141, 179-200 e 211-274. Cf. também *Teoria dos*, *ob. cit.*, pp. 548-574 e *Teoria Discursiva*, *ob. cit.*, especialmente pp. 68-97, 110-140, 361-369, 379-388 e 404-409.

⁶¹ Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria Discursiva*, *ob. cit.*, pp. 404-405.

Indica-nos Alexy, ainda, que o discurso jurídico comporta uma justificação interna e externa. A justificação interna estará ligada a critérios gerais da lógica deôntica, a ter-se em conta na construção do silogismo. Para a justificação externa, Alexy refere outros seis grupos de regras, a saber, (1) a interpretação; (2) a interpretação dogmática; (3) o uso de precedentes; (4) a argumentação prática geral; (5) a argumentação empírica e (6) as formas especiais de argumentos jurídicos.

Em suma, para Alexy a decisão correcta é conseguida (tendencialmente) a partir do respeito pelas regras que indica, porquanto por via delas alcançar-se-á uma argumentação modelar, que conduz a um discurso (normativo) racional. A correcção ou a verdade da decisão é, portanto, construída discursivamente. Essa racionalidade confere uma certa universalidade, derivada de um consenso fundado (expressão decorrente da Teoria do Consenso da Verdade de Habermas), ou de uma ideia de concordância generalizada (mas não garante necessariamente esse consenso⁶²). Daí Alexy caracterizar a sua teoria do discurso como “um caso paradigmático de uma teoria procedimental”, em que a correcção deriva do próprio procedimento de discurso racional. Exigir-se-á de procedimentos juridicamente regulados que “em primeiro lugar garantam a obtenção de uma decisão e, em segundo lugar, cuidem da sua execução”⁶³. Serão procedimentos que reconciliam uma pretensão de correcção decisória na sua dimensão ideal e real, que se relacionam com os princípios da justiça e da segurança jurídica e que permitem caminhar “na direcção da positividade” (o que não implica positivismo, segundo o Autor), porque têm por base algo estabelecido autoritariamente, fundado na legalidade autorizada, e que é socialmente eficaz.

A universalidade antes indicada está ligada a um momento histórico e social. Assim, para Alexy, a observância das regras que aduz promovem a argumentação jurídica correcta, derivada de consensos, os quais, porém, são sempre passíveis de alteração, nos termos das próprias regras do discurso.

No que se refere às regras de justificação externa do discurso jurídico, Alexy não se aparta das premissas basicamente assentes nas formas da interpretação legal (por nós já referidas). Faz-lhes acrescer algo que é hoje patente em qualquer decisão judicial minimamente complexa, ou seja, a justificação do decisório através da dogmática jurídica, dos precedentes judiciais e da argumentação prática geral e empírica (elementos que até já resultariam embrionários no pensamento de Esser).

⁶² Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria Discursiva*, *ob. cit.*, p.116.

⁶³ In ROBERT ALEXY, *Teoria Discursiva*, *ob. cit.*, p. 361. Cf. também pp. 362-412, 406-409 e 416-418.

Para o processo de decisão judicial, quando através deste se apliquem princípios, Alexy remete-nos para a sua Teoria da Argumentação Jurídica.

Quando menciona o uso de precedentes, Alexy indica-nos duas regras a seguir, relativas à obrigação de utilização destes, quando aplicáveis, ou a um especial ónus argumentativo, quando se pretende afastar um precedente já existente para situação igual ou semelhante.

No restante, somos encaminhados para a sua fórmula de peso ou de importância. Remete Alexy para operações de raciocínio quantificadas, medidas através da fórmula do peso (e que dessa forma pretende objectivar). Como acima dissemos, serão operações que consideram o direito em concreto, não em abstracto, porquanto raramente haverá dois casos totalmente iguais, que devam ser seguidos na mesma precisa medida.

Alexy alude, ainda, a um “argumento dos princípios”, que associado a uma ideia de “limiar da injustiça extrema”⁶⁴, conduz a uma aferição da pretensão de correcção das normas jurídicas e das decisões jurisdicionais isoladas face ao sistema jurídico. As decisões judiciais, para Alexy, pretendem-se correctas, quer porque aplicam normas jurídicas que assim o são, quer porque não deverão aplicar normas jurídicas isoladas que são injustas ou não razoáveis.

Também como acima mencionamos, para Alexy, a teoria do discurso enquanto teoria procedimental clama uma pretensão de correcção decisória, conexa com os princípios da justiça e da segurança jurídica. Em caso de colisão entre estes dois princípios intervém um juízo ponderativo, que encontra a proporção correcta na ideia da harmonia do sistema jurídico e na força vinculante dos direitos fundamentais e das suas normas princípio (que uma vez positivados se incluem na dimensão real dos direitos humanos, que na sua outra dimensão, a ideal, são ainda direitos morais).

⁶⁴ In ROBERT ALEXY, *Teoria Discursiva*, *ob. cit.*, pp. 325 e 327. Cf., ainda, pp. 137, 138, 323-347 e 362-369. ALEXY refere acolher um “argumento dos princípios” e não o “argumento da injustiça” “idêntico à fórmula de Radbruch”.

5. Alguns testes de verificação com base em casos práticos

5.1. Referências gerais

Apreciada a jurisprudência dos tribunais administrativos⁶⁵, verificamos serem raros os casos de procedência de uma pretensão com fundamento na aplicação directa de princípios. Os tribunais tendem a aplicar regras jurídicas, invocando os princípios apenas para ajudar à interpretação das referidas regras.

Tal ocorre frequentemente, por exemplo, em sede de litígios relativos a concursos públicos, onde a par de regras jurídicas os tribunais invocam, para confirmar o sentido que se dá àquelas regras, os princípios da igualdade, da imparcialidade, da boa-fé e da concorrência. Em matéria de funcionalismo público, de forma igualmente frequente os tribunais administrativos fizeram proceder a acção aplicando as regras legais em questão, associadas à invocação do princípio da igualdade. Estando em causa dinheiros públicos, os tribunais invocaram amiúde, para além das regras em que se fundam a decisão, o princípio da legalidade.

A aplicação directa de princípios, nos raros casos em que é feita, ocorre em situações de omissão de regras e não tanto em situações de colisão entre princípios ou entre regras e princípios.

Ou suma, das pesquisas feitas poder-se-á considerar que a aplicação de princípios pelo juiz administrativo é feita, sobretudo, em concorrência de normas e não em colisão. Desta forma, a aplicação de princípios cumpre essencialmente um efeito interpretativo e integrativo. Servem os princípios para reforçarem as regras e para lhes darem um escopo comum em termos de sistema jurídico, apresentando-se ambas as normas em concorrência e não em colisão.

Conclui-se, igualmente, que não obstante o sistema jurídico ser composto por princípios e regras, estas últimas gozam primazia na fundamentação de direito adoptada nas decisões dos nossos tribunais administrativos. Haverá como que uma aplicação jurisdicional muito prudente ou auto-limitada dos princípios, em prol das regras. O juiz administrativo é, assim, um juiz que se subordina, sobretudo, a um modelo de regras e não tanto a um modelo de princípios (conforme terminologia proposta por António Cortês⁶⁶).

⁶⁵ A nossa pesquisa baseou-se, essencialmente, na jurisprudência publicada na base <http://www.dgsi.pt>.

⁶⁶ Cf. ANTÓNIO CORTÊS, *Jurisprudência, ob. cit.*, especialmente pp. 10, 28, 127-146 e 246-279.

5.2. A aplicação do princípio da responsabilidade das entidades públicas

Entre as raras decisões encontradas em que o julgamento de procedência é feito essencialmente com base num princípio e não numa concreta regra jurídica, assinalamos, diversos arestos relativos à aplicabilidade directa do artigo 22.º da CRP, em casos de não criação de normas legais reguladoras da concessão de subsídio de desemprego⁶⁷.

De forma uniforme, os TCA (Tribunais Centrais Administrativos) e o STA (Supremo Tribunal Administrativo)⁶⁸ defenderam a aplicação directa do princípio geral vertido no artigo 22.º da CRP, para efeitos de fundar a responsabilidade subjectiva do Estado-Legislador, por omissão legislativa. Considerou-se que existia uma omissão ilícita decorrente da não criação de normas legais reguladoras da concessão de subsídio de desemprego relativamente aos docentes do ensino superior, omissão que só foi sanada pela Lei n.º 11/2008, de 20.02 e que já tinha sido declarada pelo Acórdão do Tribunal Constitucional (TC) de 19.11.2002, n.º 474/2002⁶⁹. Porque o citado princípio geral de responsabilidade civil do Estado por danos causados no exercício das suas funções – política, legislativa, jurisdicional ou administrativa – ainda não estava regulamentado e porque o mesmo poderia ser directamente invocado pelos particulares, caberia “aos tribunais criar uma norma de decisão, aplicando o princípio à luz dos critérios gerais de indemnização e justa reparação de danos, que resultassem daquelas actuações do Estado em violação de direitos, liberdades e garantias ou dos interesses juridicamente protegidos dos particulares” (cf. Acórdão do TCAS – Tribunal Central Administrativo Sul de 21.11.2013, n.º 7577/11⁷⁰).

Para tanto, nos vários arestos fundamentou-se a aplicabilidade directa do artigo 22.º da CRP na “doutrina dominante” e na “jurisprudência dos nossos tribunais superiores” que assim vinha entendendo.

Da nossa pesquisa, concluímos, que a jurisprudência nesta matéria é uniforme a nível dos tribunais superiores. No entanto, a nível dos tribunais de 1.ª instância já encontramos divergências. Contudo, à medida que a jurisprudência superior se

⁶⁷ Esta jurisprudência ocorreu em situações anteriores à Lei n.º 67/2007, de 31.12.

⁶⁸ A jurisprudência dos tribunais superiores está publicada em <http://www.dgsi.pt>. A jurisprudência da 1.ª instância é apenas acessível através do SITAF.

⁶⁹ In <http://bit.ly/2IPPFHa>.

⁷⁰ In <http://bit.ly/21kbvEN>.

foi consolidando no sentido da aplicabilidade directa do artigo 22.º da CRP a este tipo de casos, essa foi sendo também a solução adoptada em 1.ª instância.

Assim, naquele sentido, pronunciou-se o TAC (Tribunal Administrativo de Círculo) de Lisboa na sentença de 08.06.2009, P. n.º 1940/08.4BELSB⁷¹, decisão que foi confirmada pelos Acórdãos do TCAS de 12.09.2013, n.º 5791/09⁷², e do STA de 12.03.2015, n.º 41/14⁷³. Pronunciou-se, no mesmo sentido, o TAC de Lisboa em 04.11.2010, no P. n.º 276/08.5BELSB⁷⁴, decisão confirmada nos Acórdão do TCAS de 21.11.2003, n.º 7577/11⁷⁵ e do STA de 12.02.2015, n.º 302/14⁷⁶. Noutro caso similar, aplicando directamente o artigo 22.º da CRP, pronunciou-se o TAC de Lisboa em 02.05.2011, no P. n.º 2432/07.4BELSB⁷⁷.

Mas por Acórdão do TCAN (Tribunal Central Administrativo Norte) de 04.06.2009, n.º 3047/04.4BELSB⁷⁸, foi revogada a decisão do TAF (Tribunal Administrativo e Fiscal) de Coimbra, de 02.10.2008, P. n.º 3047/04.4BELSB⁷⁹, que não havia concedido a pretendida indemnização por facto ilícito, a um caso semelhante. Igualmente, por Acórdão do TCAN de 22.10.2009, n.º 467/08.9BECBR⁸⁰, foi revogada uma decisão do TAF de Coimbra de 13.05.2009, com o mesmo número de processo⁸¹, que considerou que a exigibilidade da prestação de desemprego não poderia ocorrer por decorrência directa do artigo 22.º da CRP. Noutro caso em tudo semelhante, por Acórdão do TCAS de 12.09.2013, n.º 3228/07⁸², foi revogada uma decisão do TAC de Lisboa, que não havia reconhecido o direito indemnizatório do A. ao abrigo do artigo 22.º da CRP.

⁷¹ Não publicado.

⁷² In <http://bit.ly/2kyxe7W>.

⁷³ In <http://bit.ly/2l8NZbR>.

⁷⁴ Não publicado.

⁷⁵ In <http://bit.ly/2lkbvEN>.

⁷⁶ In <http://bit.ly/2lkc4OV>.

⁷⁷ Não publicado.

⁷⁸ In <http://bit.ly/2kTGSWb>.

⁷⁹ Não publicado.

⁸⁰ In <http://bit.ly/2kTmjcc>.

⁸¹ Não publicado.

⁸² In <http://bit.ly/2kTo2i5>.

Face ao acima referido, podemos concluir que com base no princípio da responsabilização das entidades públicas, consagrado no artigo 22.º da CRP e da interpretação que foi sendo feita pelos tribunais dessa norma, foi criada jurisprudencialmente uma nova regra, no sentido de tal responsabilização dever ocorrer e apelar à aplicação dos demais pressupostos que estivessem legalmente previstos para as restantes situações de responsabilidade extracontratual do Estado por facto ilícito.

Porque se firmou uma jurisprudência neste sentido, a regra que dali deriva tendeu a ser seguida em ulteriores julgamentos, consolidando-se cada vez mais.

A norma constante do artigo 22.º da CRP é entendida como tendo uma estrutura de regra quando comina em termos gerais a responsabilidade das entidades públicas. No mais, terá estrutura de princípio, pelo que exigiu uma tarefa de aplicação máxima ou de optimização.

Nos julgamentos feitos não se afasta nenhuma regra em prol da aplicação do princípio, mas aplica-se directamente o artigo 22.º e procura-se no sistema jurídico vigente o regime legal que melhor enquadra a situação, na óptica do tribunal.

Para justificar a aplicação directa do princípio, os tribunais sentiram a necessidade de argumentar citando a *tecnicidade irrepreensível* da “doutrina dominante” e da “jurisprudência dos tribunais superiores”, assim como, a *justeza material* da interpretação e decisão a tomar ou a *desrazoabilidade* da decisão contrária⁸³.

Ou seja, são invocados juízos ponderativos, norteados pela decisão justa e parametrizados por um critério de proporcionalidade.

Faz-se ainda referência a outras normas e valores constitucionais ou a uma “interpretação conforme à Constituição”.

5.3. A aplicação dos princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica

Na nossa pesquisa encontramos também jurisprudência diversa a pronunciar-se sobre os princípios da igualdade, da protecção da confiança e da segurança jurídica, no caso da aplicação de uma nova forma de avaliação aos alunos do ensino recorrente, resultante da redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 42/2012, de 22.02, aos artigos 11.º e 15.º do Decreto-Lei n.º 74/2004, de 26.03, às situações que

⁸³ Cf. Ac. do STA de 12.02.2015, n.º 302/14.

subsistiam à data da entrada em vigor do último diploma. Discutia-se a legalidade da aplicação no ano lectivo em curso da citada alteração, por se estar a introduzir a meio desse ano lectivo e a poucos meses da data da candidatura ao ensino superior novas regras de acesso. A classificação final do secundário passava a ser dada exclusivamente pela média da avaliação sumativa externa, quando até aí era dada exclusivamente pela média da avaliação sumativa interna. Desta forma, obrigava-se os alunos à preparação e à realização de sete exames, quando até aí tinham de preparar e de realizar apenas três exames.

No que diz respeito à invocada violação do princípio da igualdade, foi entendido unanimemente pela jurisprudência não se ter por verificada, por as regras do Decreto-Lei n.º 42/2012, de 22.01, não serem “arbitrárias como se mostravam adequadas e justas já que tratavam “de forma diferente situações que são diferentes e impedindo fraudes à lei, com o benefício dos alunos do ensino recorrente em detrimento dos alunos do ensino regular” (cf. Acórdão do TCAN de 14.12.2012, n.º 356/12.2BECBR⁸⁴, nesta parte confirmado pelo Acórdão do STA de 30.05.2013, n.º 237/3⁸⁵).

Já no que concerne à violação do princípio da confiança, as decisões ao nível dos TCA e do STA divergiram.

Por sentença do TAF de Coimbra, proferida em 29.06.2012, no P. n.º 356/12⁸⁶, foi julgado inidóneo o meio processual utilizado. O TCAN, por Acórdão de 14.12.2012, n.º 356/12.2BECBR⁸⁷, revogou essa decisão e conheceu a questão em substituição, entendendo violar os princípios da confiança e segurança jurídica a aplicação à Autora das novas regras introduzidas pelos artigos 11º e 15º do Decreto-Lei n.º 74/2004, 26.03, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 42/2012, de 22.02. Interposto recurso de revista, pelo Acórdão de 30.05.2013, n.º 237/13⁸⁸, foi revogada a decisão do TCAN.

⁸⁴ In <http://bit.ly/2IRnCX1>.

⁸⁵ In <http://bit.ly/2IRzgkE>.

⁸⁶ Não publicado.

⁸⁷ In <http://bit.ly/2IRnCX1>.

⁸⁸ In <http://bit.ly/2IRzgkE>.

Após, o STA, por Acórdão de 20.06.2013, n.º 418/13⁸⁹, reiterou a sua anterior posição, revogando o Acórdão do TCAS de 06.12.2012, n.º 9243/12⁹⁰, que tinha entendido, confirmando decisão do TAC de Lisboa, que “a não criação de um regime transitório para (...) viola o princípio da confiança (...), quando não existe qualquer interesse público que justifique a aplicação imediata da nova redacção introduzida pelo DL n.º 42/2012, quando o anterior regime vigorava desde 2006”.

De forma similar, o STA, no Acórdão de 10.07.2013, n.º 560/13⁹¹, revogou, pelas mesmas razões, as decisões dos TCA que decidiam no sentido da violação dos princípios da confiança e segurança jurídica. No sentido da indicada violação, foram sendo proferidas diversas decisões pelo TCA, nomeadamente nos Acórdãos de 20.12.2012, n.º 9134/12⁹², de 10.01.2013, n.º 9560/2⁹³, ou de 07.02.2013, n.º 9627/13⁹⁴.

Interposto pelo Ministério Público recurso para o TC, por Acórdão de 27.07.2013, n.º 355/2013, P. n.º 917/12, foi julgada a não inconstitucionalidade dos artigos 11.º, n.ºs 4 e 6, e 15.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 74/2004, de 26 de Março, na nova redacção, “na interpretação segundo a qual as alterações normativas consagradas se aplicam, sem previsão de regime transitório, a todos os alunos matriculados no ensino secundário recorrente”⁹⁵.

Com esta decisão do TC estabilizou-se a jurisprudência, que passou a seguir aquela que já vinha defendida pelo STA, em divergência com o decidido pelo TCA e pela maioria dos TAF (cf. também os Acórdãos do STA de 12.09.2013, n.º 499/13⁹⁶, de 27.11.2013, n.º 1413/13⁹⁷, de 05.12.2013, n.º 1369/13⁹⁸, ou de 29.01.2014, n.º 1370/13⁹⁹).

⁸⁹ In <http://bit.ly/2IRivpV>.

⁹⁰ In <http://bit.ly/2IRlxtV>.

⁹¹ In <http://bit.ly/2I8HUfn>.

⁹² In <http://bit.ly/2kyEnF7>.

⁹³ In <http://bit.ly/2kTHqLJ>.

⁹⁴ In <http://bit.ly/2I91rfL>.

⁹⁵ In <http://bit.ly/2IPYxMH>.

⁹⁶ In <http://bit.ly/2IPSNmh>.

⁹⁷ In <http://bit.ly/2ILNDef>.

⁹⁸ In <http://bit.ly/2IRiYbs>.

⁹⁹ In <http://bit.ly/2kyEKQp>.

Entre os argumentos esgrimidos pelo STA, salientamos os seguintes: o “regime legal relativo ao acesso dos alunos do ensino recorrente ao ensino superior (...) sofreu significativas vicissitudes ao longo do tempo (...), por isso, nenhum aluno avisado poderia ter como assente que as normas que regulavam esse acesso eram estáveis”. “A contestada alteração legislativa não foi arbitrária, intolerável, inesperada ou demasiado onerosa pois que se fundou em três propósitos justos e atendíveis; por um lado, garantir que todos os candidatos ao ensino superior tivessem a indispensável preparação académica, por outro, impedir que o ensino recorrente fosse instrumentalizado no acesso ao ensino superior e, finalmente, colocar em pé de igualdade todos os alunos que queriam aceder a estudos superiores. (...) Finalmente (...) não se poder aceitar que a mesma se tivesse inscrito no ensino recorrente motivada pela finalidade de aceder de uma forma mais fácil e menos exigente ao curso que pretendia – Medicina”¹⁰⁰.

Esta corrente jurisprudencial segue a uma outra, que numa situação próxima entendeu ser violadora dos princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança, a alteração de um regime legal durante o próprio ano lectivo em que se applicava tal alteração. Em causa estavam as alterações introduzidas ao Decreto-Lei n.º 393-A/99, de 02.10, pelo Decreto-Lei n.º 272/2009, de 01.10. Segundo o primeiro daqueles diplomas, os atletas de alta competição acediam ao ensino superior desde que concluíssem com aprovação o ensino secundário, com as notas dessas disciplinas, sem que fosse ponderada a nota obtida nos exames nacionais a realizar no final do ano. Com a alteração legal, a nota dos exames nacionais passou a ter que ser superior ao limite mínimo fixado pelo estabelecimento de ensino superior e teria de ser ponderada com a média da frequência do secundário, sendo que o resultado dessa ponderação também teria de ser superior ao limite mínimo fixado pelo estabelecimento de ensino superior.

Entendeu o STA nos Acórdãos de 12.05.2011, n.º 428/11¹⁰¹, de 13.07.2011, n.º 428/11¹⁰² e de 13.07.2011, n.º 345/11¹⁰³, que a aplicação imediata do novo regime legal implicava a ponderação de médias de anos lectivos passados e, portanto, a apreciação de factos passados, pelo que na falta de consagração de uma norma transitória redundava numa restrição do direito de acesso ao ensino superior violadora dos princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança. No mesmo sentido,

¹⁰⁰ Cf. Ac. do STA de 30.05.2013, n.º 237/13, com duas declarações de voto, in <http://bit.ly/2IRzgzkE>.

¹⁰¹ In <http://bit.ly/2kTrusY>.

¹⁰² In <http://bit.ly/2l8P3MF>.

¹⁰³ In <http://bit.ly/2kTzDnV>.

vejam-se os Acórdãos do TCAS de 24.02.2011, n.º 7113/11¹⁰⁴, de 30.11.2011, n.º 8139/11¹⁰⁵ e de 12.01.2012, n.º 8038/11¹⁰⁶.

Posteriormente, interposto recurso para o TC, por Acórdão de 28.03.2012, n.º 176/2012, P. n.º 645/11¹⁰⁷, foi julgada “inconstitucional, por violação do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, dedutível do artigo 2.º da Constituição, a norma do artigo 19.º do Decreto-Lei 393-A/99, de 2 de outubro, na redação dada pelo artigo 46.º, n.º 1, do Decreto-Lei 272/2009, de 1 de outubro, quando interpretada no sentido de exigir a estudante abrangido por este regime que obtenha as classificações mínimas fixadas pelos estabelecimentos de ensino superior para as provas de ingresso e para nota de candidatura no âmbito do regime geral de acesso, quando parte dessas provas foi realizada antes da mencionada alteração legislativa”.

Na fundamentação do Acórdão de 13.07.2011, n.º 428/11¹⁰⁸, remetendo para diversa jurisprudência do TC, diz-nos o STA que tal restrição se apresentava como “opressiva ou excessivamente onerosa das expectativas jurídicas criadas”, sendo que era uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas dele constantes não podiam contar. Argumenta o STA que “a Autora não adivinhando que as regras que lhe eram aplicáveis iriam ser subitamente modificadas (...), poderia ter descurado a sua preparação académica no 11.º ano em proveito de uma mais intensa prática desportiva”.

Dos casos acima referidos, conclui-se, que em situações próximas, os princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica foram aplicados com diferentes consequências.

No primeiro caso, dos alunos do ensino recorrente, entendeu o STA que aqueles princípios não saíam violados na situação concreta, invocando não só jurisprudência do TC, como razões práticas, relativas à necessidade de *impedir* “fraudes à lei”, ou razões relativas à “indispensável preparação académica”. Invocou, ainda, o STA a mutabilidade legislativa como razão para um “aluno avisado” não dever ter por “assente que as normas que regulavam esse acesso eram estáveis”.

¹⁰⁴ In <http://bit.ly/2lidx90>.

¹⁰⁵ In <http://bit.ly/2lRoGtZ>.

¹⁰⁶ In <http://bit.ly/2lRiHFy>.

¹⁰⁷ In <http://bit.ly/2kqRu0a>.

¹⁰⁸ In <http://bit.ly/2l8P3ME>.

Aqui a aplicação da regra manteve-se, não sendo afastada pela invocação dos princípios, que mantiveram-se igualmente intocados na ordem jurídica.

No segundo caso, dos atletas de alta competição, o STA entendeu estarem violados os citados princípios da confiança e seguranças jurídica, sobretudo com fundamento em razões dogmáticas e jurisprudenciais, alicerçando-se fortemente na anterior interpretação do TC acerca de tais princípios. Não obstante, também aqui, invocaram-se razões práticas relacionadas com o concreto e hipotético descurar da “preparação académica (...) em proveito de uma mais intensa prática desportiva”.

Neste último caso, os princípios afastaram a regra legal, que deixou de ser válida para a situação concreta.

5.4. A aplicação do princípio da imparcialidade

Já com características de singularidade, encontramos o Acórdão do STA de 04.10.2005, n.º 1070/03¹⁰⁹, através do qual este tribunal, após considerar não verificado o vício de ofensa ao princípio da tutela da confiança e da boa-fé, anulou a decisão administrativa impugnada com base na verificada violação do princípio da imparcialidade. Para o efeito, o STA adoptou uma argumentação muito curta, considerando, essencialmente, que “a autoridade recorrida, nesta parte, não promoveu, no procedimento, a máxima aquisição de factos e interesses relevantes, isto é, decidiu com um défice de instrução que projecta incerteza quanto à ocorrência do pressuposto do acto e não cumpre, assim, as exigências inerentes ao princípio da imparcialidade”.

A violação do princípio da imparcialidade foi também razão para a procedência da acção no Acórdão do TCAS de 21.02.2013, n.º 4367/08¹¹⁰, no qual se entendeu que “A garantia do princípio da imparcialidade não se restringe à figura dos impedimentos indicada no artigo 44º do Código de Procedimento Administrativo (CPA). O legislador proclamou este princípio em termos genéricos no artigo 6º do CPA. E elevou-o a princípio fundamental da Administração Pública no artigo 266º, n.º 2, da CRP. A isenção da Administração terá, pois, de manifestar-se e garantir-se também através da figura da escusa e da suspeição, cuja invocação se tem por obrigatória, num caso como o dos autos”.

¹⁰⁹ In <http://bit.ly/2kytfYY>.

¹¹⁰ In <http://bit.ly/2kyAakX>.

Nestes casos, a aplicação do princípio serviu para interpretar as regras, dando-lhes uma abrangência que já não resultava do seu sentido literal. A aplicação directa do princípio foi o mote para o alargamento do sentido e alcance da regra, que se manteve em aplicação concorrente com o princípio, assacando-se a abrangência que dela se retirou à força normativa do princípio, que com a regra constituía o direito a aplicar.

6. A análise do processo de decisão judicial enquanto resultado da aplicação de princípios pelo juiz administrativo – as nossas constatações

Não obstante a “Teoria da Argumentação Jurídica” de Alexy nos dar uma visão analítica do processo decisório e nos orientar na sua apreciação, não se nos afigura bastante para se poder concluir que aquele processo pode ser objectivamente escrutinado dessa forma.

O método que resulta da estruturação e da argumentação lógico-racional da decisão judicial, afinal, da exigência de uma dada fundamentação de facto e de direito, é, sem dúvida, uma forma de controlo intersubjectivo da sentença. Mas apenas isso não chega para que se compreenda objectivamente as razões do decidir e se possa considerar que a decisão é necessariamente correcta. O método da argumentação jurídica assenta em apreciações formais, não permite atingir a materialidade da correcção¹¹¹.

Há, portanto, outro controlo (material) a fazer-se: pode existir uma aferição da correcção decisória em termos de critério negativo de evidência e por reporte para uma ideia de consciência jurídica geral¹¹².

¹¹¹ Para uma visão geral das teorias da argumentação jurídica, JOCHEN SCNEIDER / ULRICH SCHROTH, “Perspectivas da aplicação da norma jurídica: determinações, argumentação e decisão”, in, org. ARTHUR KAUFMANN / WINFRIED HASSAMER, *Introdução, ob. cit.*, pp. 513-545. Cf., JOSÉ LAMEGO, “Fundamentação”, *ob. cit.*, pp. 83-93, para a ligação entre a ideia de sistema, as posições defensoras de uma racionalidade meramente formal e a evolução para um modelo “integrativo”.

¹¹² Sobre a consciência jurídica geral como fonte do direito, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pp. 278-283. Vide, do mesmo Autor, “A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido”, in, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro*, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Coimbra, 1979, pp. 176 a 183 e “Fontes do Direito”, in, *Digesta – Escritos acerca do Direito, do Pensamento*

Mas, mesmo assim, a aplicação destes critérios será insuficiente para que se possa afirmar que há a possibilidade de se efectuar um real controlo intersubjectivo em relação às decisões do juiz administrativo que aplicam princípios, ou seja, com relação aos juízos concretos de dever-ser.

Tal como já dissemos, o processo decisório requer uma fundamentação decisória formal, porque tem de respeitar uma dada estruturação, legalmente pré-definida. Requer, ainda, uma fundamentação material, porquanto o raciocínio decisório tem de ser tendencialmente completo, não pode estar em oposição com a decisão, sendo incongruente, assim como não pode ser ambíguo e obscuro, tornando-se ininteligível (sob pena de nulidade decisória). O discurso decisório deve desvendar um disserto e uma ponderação autónomos, porque imputáveis ao próprio julgador. Não são permitidas fundamentações por simples adesão aos argumentos de uma das partes em litígio.

As partes intervêm na fundamentação da decisão apenas na medida em que os argumentos que esgrimem têm de ser considerados pelo julgador. Para o efeito, a decisão judicial é tomada no termo de um processo formal, com regras próprias e pré-estabelecidas, através das quais se permite um debate de *pontos de vista*, afinal dos argumentos fácticos e jurídicos que constituem a causa de pedir da acção e conduzem ao correspondente pedido, assegurando-se um princípio da coerência¹¹³.

As asserções acima feitas apontam para um método argumentativo que assente numa linguagem unívoca e com consistência lógica, próximo das regras básicas referidas por Alexy. As regras de racionalidade e para alterar ou partilhar o encargo do argumento também poderão ter algum paralelo com uma estruturação do processo assente no contraditório e na obrigação de fundamentação da decisão judicial.

Mas o acervo das vinte e duas regras e das seis formas de argumento do discurso prático geral que são transpostas por Alexy para o discurso jurídico, será algo que se aparta do método argumentativo a que os nossos tribunais atendem e que o nosso legislador requer.

Jurídico, da sua Metodologia e Outros, Vol. 2, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 65-67. Vide no mesmo sentido, relativamente ao direito administrativo, PAULO OTERO, *Legalidade*, *ob. cit.*, pp. 411-440.

¹¹³ Cf. neste sentido, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito*, *ob. cit.*, pp. 1272-1274.

No que concerne às regras de justificação externa indicadas por Alexy – a interpretação, a interpretação dogmática, o uso de precedentes, a argumentação prática geral, a argumentação empírica e as formas especiais de argumentos jurídicos – todas elas são utilizadas pelos nossos tribunais quando aplicam princípios, mas com relevâncias diversas, em função da casuística de cada processo. Acrescentaríamos a neste elenco, ainda, os “programas informais” referidos por Hassamer¹¹⁴.

Os tribunais utilizam os vários elementos acima referidos forma combinada ou complementar, sem um pré-estabelecimento hierárquico entre eles. Existe uma *liberdade interpretativa*, porquanto não estão pré-estabelecidos os critérios da interpretação ou as valorações que podem ser tidas em conta pelos tribunais. Basicamente, em função do caso concreto e das necessidades interpretativas que apresenta, tendo em vista a tomada da decisão justa, são *escolhidos* pelo juiz os diferentes elementos interpretativos, valorativos, enfim, os fundamentos jurídicos da decisão. Será, assim, a apreciação casuística destes elementos, todos conjugados ou em alternativa, que suportará, na mais das vezes, o juízo ponderativo que se tenha que fazer.

Há, portanto, nesta nossa constatação alguma proximidade ao pensamento de Esser, quando este Autor defende a existência de uma arbitrariedade decisória na escolha dos critérios interpretativos.

Quanto aos juízos valorativos ou ponderativos, que conduzem a uma dada interpretação e à conseqüente aplicação do princípio jurídico com um determinado sentido e alcance, serão juízos que mesmo que estejam expressos no discurso da decisão e sejam suportados nas regras de interpretação, na dogmática, na jurisprudência, ou em outros argumentos jurídicos e práticos, não são passíveis de mensuração concreta ou matemática¹¹⁵. Dependerão os mesmos da casuística do caso, que não será igual na grande parte das vezes.

Nesta medida, o método das decisões judiciais será um processo que pouco tem de quantificável. Nesse processo também não se identificam regras pré-definidas e idênticas para todos os casos, como preconizado por Alexy.

A falta de elementos objectivos, mensuráveis, necessariamente existentes para que uma decisão judicial se tenha por correcta, é, na nossa opinião, constatável nos casos acima referidos.

¹¹⁴ Cf. WINFRIED HASSAMER, “Sistema”, in, org. ARTHUR KAUFMANN / WINFRIED HASSAMER, *Introdução, ob. cit.*, pp. 281-301.

¹¹⁵ Cf. neste sentido, KARL LARENZ, *Metodologia, ob. cit.*, pp. 574-575.

A percepção do que era a decisão justa foi a justificação essencial para que se aplicasse directamente o princípio da responsabilidade das entidades públicas, na inexistência de uma regra de decisão para o caso concreto, ou para que se afastasse uma regra em prol dos princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica, ou que se alargasse o campo de acção da regra para além do que resultava do seu sentido literal, com a invocação e aplicação directa do princípio da imparcialidade.

Por conseguinte, a aplicação dos princípios ter-se-á reconduzido a uma exigência ética do Direito, a argumentos axiológicos, de dever-ser. Os princípios orientaram o julgador, foram as razões para a sua decisão (Dworkin), constituindo mandamentos de optimização (Alexy).

Nas situações relativas ao princípio da responsabilidade das entidades públicas, o tribunal por aplicação desse princípio criou uma nova regra e em simultâneo alargou o alcance das regras que concretizavam a responsabilidade do Estado, fixando os seus pressupostos, estendendo-as à omissão legislativa ilícita.

Nas situações relacionadas com a aplicação dos princípios da segurança e da confiança, o tribunal numa situação afastou a regra (que colidia com o princípio), na outra, fê-la manter-se, subsumindo a situação casuística ao seu campo de acção (*comprimindo* o âmbito de aplicação dos princípios – que, no entanto, se mantiveram vigentes – em prol da aplicação integral da regra).

Nos casos da aplicação do princípio da imparcialidade, o tribunal fez alargar a regra jurídica, que não invalidou, mas antes fez nela abarcar as exigências do princípio. Visto de outra forma, o tribunal aplicou o princípio em concorrência com a regra, dando a este uma extensão maior.

Os casos relativos aos alunos do ensino recorrente e aos alunos que eram atletas de alta competição seriam, numa primeira análise, casos similares, que convocavam a aplicação dos mesmos princípios. Porém, aqueles litígios obtiveram soluções opostas, porquanto o STA conferiu aos princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança diferentes campos de protecção. Consequentemente, tais decisões demonstram que só mediante o caso concreto é possível apreciar o campo de protecção dos princípios. Igualmente, demonstram que o juízo ponderativo que se faça não pode ser prévia e abstractamente definido ou mensurado por via de uma operação matemática.

Constata-se, também, que aqui valem as referências preconizadas por Alexy, relativas à diferenciação entre normas-princípio e normas-regra e à dimensão de peso, ou de importância que os princípios encerram, que pode alterar-se face ao caso concreto.

De igual forma, no caso dos alunos do ensino recorrente, a leitura que foi feita dos princípios divergiu (reiteradamente e num hiato relativamente curto de tempo) entre os vários tribunais (revogando o STA as decisões em sentido contrário do TCA).

A diferença teve justificação na justeza da decisão e em outros argumentos, todos incluídos nas regras de Alexy. Isto porque, em geral, nas várias decisões invocou-se razões de interpretação, de dogmática, a jurisprudência existente, razões práticas gerais e razões empíricas.

De assinalar, ainda, que a aplicação dos princípios serviu para alargar a capacidade de resposta do sistema jurídico, em situações em que as regras representavam uma solução insatisfatória ou insuficiente para a justeza da decisão no caso concreto. Face à rigidez das regras fez-se operar os princípios para se evoluir na aplicação do Direito. Tal ocorre claramente nas situações supra indicadas, quer quando se aplicou o princípio da responsabilidade das entidades públicas, quer quando se fez operar o princípio da imparcialidade.

Quando a jurisprudência faz a aplicação directa do princípio plasmado no artigo 22.º da CRP, permite que o sistema se adapte a uma nova dogmática, ou a um sentir generalizado da comunidade jurídica, que clamava a responsabilidade das entidades públicas enquanto princípio geral, que já deveria estar regulamentado nas suas várias vertentes.

Daí que se possa dizer, na esteira do pensamento de Esser, que a aplicação dos princípios corresponde à adaptação do Direito às exigências da comunidade jurídica, que por sua vez expressará o sentir da sociedade num determinado momento histórico, económico e social. Ou valerá aqui a “natureza cultural do Direito” que “coloca a ordem jurídica na categoria das criações humanas, configuradas por evolução paulatina e por uma complexidade causal que as torna imprevisíveis e insubsumíveis em modelos rígidos de lógica formal” e conduz a uma certa “irracionalidade” da fenomenologia jurídica¹¹⁶.

A interpretação e aplicação de princípios técnico-jurídicos convocou, ainda, outros princípios axiológicos primaciais, ideias fundantes do Direito Justo ou do sistema valores pré-existent¹¹⁷, como resulta das decisões relativas à aplicabilidade directa do princípio de responsabilidade das entidades públicas em sede de omissão legislativa, por não consagração do direito ao subsídio de desemprego para os professores universitários.

¹¹⁶ In ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Ciência”, *ob. cit.*, p. 733.

¹¹⁷ Cf. neste sentido, KARL LARENZ, *Metodologia*, *ob. cit.*, pp. 238 e 338.

Nos vários casos que referimos, o único elemento constante e objectivo é, portanto, a fundamentação por referência à percepção¹¹⁸ que foi tida pelo juiz relativamente à justeza da decisão, face ao sistema jurídico vigente.

O sistema jurídico e a ideia de Direito enquanto correspondessem a uma percepção de justiça (material) constituiu o limite e o fim da interpretação e da aplicação dos princípios¹¹⁹.

Porque as decisões se fundaram em princípios, a fundamentação das mesmas também não se reduziu à indicação da norma legal aplicável, mas foi acompanhada de uma explicação acerca do sentido e alcance que se retirava do indicado enunciado. Para o efeito, associou-se àquela fundamentação a indicação da doutrina dominante, portanto, da dogmática, assim como da jurisprudência existente.

No caso da aplicação dos princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica, a fundamentação é acompanhada, também, de razões práticas gerais.

Nos vários arestos apresentados a aplicação de princípios pelo juiz administrativo exigiu uma tarefa cuidada de justificação da decisão, porquanto cumpriu ao julgador densificar e preencher o âmbito de protecção da norma, dando-lhe um alcance e sentido que não resultava abstractamente expresso no seu enunciado. A delimitação do sentido do normativo ficou inteiramente a cargo do juiz, que, nessa medida, gozou de um espaço criador.

Para a tomada das várias decisões está ainda pressuposto um juízo valorativo ou uma ponderação (e não de pura subsunção dos factos à norma). O juiz não fundamenta apenas dizendo que o caso concreto é subsumível na regra *X*. Diversamente, nas decisões acima mencionadas é justificado o raciocínio decisório, umas vezes com maior, outras com menor suporte, mas sempre com referência a um juízo ponderativo, de equilíbrio de valores jurídicos, face ao sistema jurídico vigente.

A fundamentação do juízo ponderativo vem alicerçada na doutrina e jurisprudência, nos padrões legais existentes na comunidade jurídica, não sendo expressa como uma valoração individual, subjectiva e original do decisor. Associam-se, depois, esses padrões a uma ideia de sistema jurídico enquanto um Direito Justo e fundamenta-se a decisão nesses termos.

¹¹⁸ Percepção que se poderá identificar como o “factor que acciona o processo de conhecimento” do Direito, conforme refere KARL LARENZ, *Metodologia*, *ob. cit.*, p. 170.

¹¹⁹ Cf. a este propósito, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento*, *ob. cit.*, pp. 149-235.

Constata-se, da mesma forma, que existe uma preocupação jurisprudencial em garantir a coerência do sistema e a igualdade, por via do uso e do respeito do precedente.

A coerência lógica e axiológica de todos os elementos do sistema jurídico, a inexistência de contradições, invoca o princípio da igualdade, nas suas várias vertentes, como trave mestra para o processo decisório. A exigência do tratamento igual para o que é igual e do tratamento diferente para o que é diferente, na medida da diferença, afasta a possibilidade de as decisões de um mesmo juiz serem arbitrariamente diversas. Quando um mesmo juiz decide uma situação igual de forma diferente àquela que já decidiu antes, incumbe-lhe um dever acrescido de fundamentação. O mesmo ocorre se o juiz decide de forma contrária a outra jurisprudência conhecida¹²⁰. A unidade do sistema em termos axiológicos requer a efectivação do princípio da igualdade. Exige, ainda, que se preveja um sistema de recursos e se permita uma intervenção uniformizada por banda dos tribunais supremos. Ora, esta intervenção ocorre face à nossa lei processual.

Intervirá aqui a regra indicada por Alexy da universalidade do precedente judicial, ou a “força gravitacional” do precedente referida por Dworkin¹²¹, com reflexos directos na fundamentação de direito da decisão, porquanto nesta será invocada a jurisprudência anterior, para se acompanhar, ou para se divergir, mas, neste último caso, exige-se uma muito maior fundamentação a suportar o raciocínio decisório¹²².

Quando o juiz aplica princípios a sua tarefa está longe de ser uma mera subsunção, porquanto se reclama uma interpretação lógico-racional ou teleológica-objectiva¹²³, que encerra na sua própria metódica a formulação de juízos ponderativos ou de *sopesamento* de bens em confronto.

¹²⁰ Cf. neste sentido, referindo-se à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, ROBERT ALEXY, *Teoria dos*, *ob. cit.*, pp. 395, 401-407 e 554-559. Igualmente, DWORKIN imputa esta obrigação ao juiz Hércules – cf. RONALD DWORKIN, *Levando*, *ob. cit.*, pp. 171-180.

¹²¹ Cf. RONALD DWORKIN, *Levando*, *ob. cit.*, pp. 171-182, 190, 191 e 250.

¹²² Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria dos*, *ob. cit.*, pp. 554-559.

¹²³ Cf. KARL LARENZ quando afasta o desenvolvimento aberto do Direito, por já ser integração de lacunas, mas admite o desenvolvimento oculto por via dos critérios da interpretação legal, designadamente dos critérios teleológicos – cf. do Autor, *Metodologia*, *ob. cit.*, pp. 469-472, 478, 479, 494, 497, 519-532. Cf. também CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento ob. cit.*, pp. 208-116; ANTÓNIO CORTÉS, *Jurisprudência*, *ob. cit.*, pp. 62 e 111-114.

Identificado o princípio aplicável naquele caso concreto, cumpre ao juiz construir-lhe um sentido e dar-lhe um alcance, voltando, depois, a subsumi-lo na factualidade apurada, numa operação dialéctica. Terá o juiz que avaliar o enunciado da norma e o seu círculo de protecção, extraindo do mesmo o seu melhor sentido, considerando que se está frente a um mandamento de optimização, que deve ser concretizado em função da reserva do possível (como defende Alexy). Ponderam-se os bens jurídicos que são alvo do litígio e ensaiam-se as consequências da aplicação daquele enunciado com o sentido e alcance que se pretende dar. Desta forma, quando o juiz aplica princípios desenvolve uma única operação lógico-racional, em que se entrecruzam os momentos da interpretação das normas e da sua aplicação.

Quanto ao sentido a extrair-se do enunciado da norma, terá necessariamente de ser aquele que melhor se adequa à justiça do caso concreto. Nesta operação, o juiz terá de ter em conta o sistema jurídico como uma unidade e um todo coerente, que cumpre um fim de justiça (não obstante ser um sistema aberto, móvel, hétero-referencial). Existirá aqui uma operação de interpretação que se orienta por uma ideia de Direito e de Justiça como valores constituintes (algo que será diferente da pré-compreensão ou pré-apreensão da realidade social que propugna Esser, porquanto o ponto de partida não é essa realidade, mas, sim, os factos apurados em juízo e as normas aplicáveis no contexto de um sistema jurídico harmónico e coerente). A pré-compreensão do Direito adquire relevo, assim, apenas enquanto se inclui numa “ideia de sinéptica”, na medida em que se ponderam as consequências da decisão à luz de um pré-visão que o julgador possa ter do problema, “fruto da sua experiência, dos seus conhecimentos, das suas convicções e da própria linguagem”¹²⁴.

Quanto à objectividade do processo de decisão judicial, resulta, consequentemente, da obrigação de se encontrar uma sentença justa no quadro do direito vigente.

O Direito e a Justiça, a normatividade vigente, a juridicidade a que se obriga o juiz, é o ponto de partida e o limite máximo para a sua actividade jurisdicional. A objectividade e a correcção do processo decisório passa pelo carácter tanto mais incontroverso ou mais sedimentado daquela ideia de Direito, que se aplicou ao caso concreto, por via da ponderação que se fez. Daí, também, a necessidade de se invocar nas decisões em que se aplicam princípios a doutrina *dominante* ou a jurisprudência existente. Desta forma, o juiz *constitui* o Direito no caso concreto, ampliando ou reinterpretando o princípio jurídico, à luz de uma ideia de sistema jurídico vigente, que terá de coincidir com uma consciência jurídica geral.

¹²⁴ In ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Ciência”, *ob. cit.*, pp. 764-765. Cf. ainda pp. 766-768.

Não se poderá acompanhar Esser quando afirma que “só a casuística nos diz o que é o direito”¹²⁵, mas já se pode dizer que o Direito (pré-existente) fica estabelecido com a casuística da decisão. Porém, o juiz administrativo não é um “delegado do poder legislativo”, não pode invadir a esfera do legislador, sob pena de violar o princípio da separação de poderes. Portanto, não releva aqui, na nossa óptica, a distinção estabelecida por Dworkin entre argumentos de princípio e de política, nem há que invocar uma doutrina da responsabilidade política a que se sujeita o juiz¹²⁶.

Na busca de um método para a decisão judicial que aplica princípios, relevam, ainda, as indicações relativas à autolimitação judicial, à doutrina das questões políticas (ou à negação da justiciabilidade das questões políticas), à exigência da interpretação em conformidade com a Constituição e à obrigação de o juiz recorrer a “parâmetros objectivos e objectiváveis tanto quanto possível colhidos do texto constitucional”¹²⁷ ou a *tests* e *standards* utilizados pela jurisprudência constitucional¹²⁸.

Porém, a primeira daquelas indicações, mais do que uma regra para a metódica da decisão do juiz, é uma imposição legal relativa ao âmbito da jurisdição (cf. artigo 4.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais¹²⁹).

Quanto à segunda, reconduz-se à obrigação de fundamentação e ao controlo finalístico da decisão, que já antes mencionamos.

Da mesma forma, não obstante a maior objectividade da decisão jurisdicional reflectir-se por via da invocação dos princípios e normas constitucionais, essas referências integram-se nas exigências de fundamentação e não constituem, elas mesmas, um verdadeiro controlo material da correcção decisória. A indicação das normas, constitucionais e legais, que concorrem para a aplicação do princípio, auxiliam na demonstração da coerência interpretativa, face à unidade do sistema jurídico, ou face à ideia de Direito que se retira desse sistema, mas não mais que isso.

¹²⁵ In JOSEF ESSER, *Princípio*, ob. cit., p. 195.

¹²⁶ Cf. a expressão em RONALD DWORKIN, *Levando*, ob. cit., pp. 128-129. Cf., ainda, pp. 130-158.

¹²⁷ In JORGE REIS NOVAIS, *As restrições*, ob. cit., pp. 889, 891 e 920-928.

¹²⁸ Cf. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito*, ob. cit., pp. 1264-1274; JORGE REIS NOVAIS, *As restrições*, ob. cit., pp. 695, 723-951; MANUEL ANDRADE, “Sentido e Valor da Jurisprudência”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XLVIII, 1972, pp. 285-286; KARL LARENZ, *Metodologia*, ob. cit., pp. 479-484 e 487.

¹²⁹ Aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19.02.

No que concerne aos *tests* e *standards* acima referidos, reconduzir-se-ão à jurisprudência que se vá fixando por via da intervenção dos tribunais superiores. Mas também aqui o seguimento da jurisprudência superior é algo que resulta da fundamentação da decisão, não sendo um elemento totalmente objectivo, porquanto, não vigorando o sistema de precedente, não está o juiz obrigado a adoptar uma certa orientação jurisprudencial (com a ressalva dos acórdãos do STA de uniformização de jurisprudência – cf. artigos 142.º, 150.º, 151.º do CPTA e 688.º do CPC).

Em suma, o escrutínio da correcção decisória terá que fazer-se em termos essencialmente formais ou procedimentais, por via da apreciação da racionalidade, da lógica discursiva e da fundamentação da decisão. Este mesmo escrutínio já deriva das nossas exigências legais.

Tal controlo, porém, não é passível de mensurações fixas ou da sujeição a regras totalmente pré-definidas. Uma parte da fundamentação do decisório, desde logo a escolha dos argumentos, é algo que escapará àquele escrutínio. Da mesma forma, os juízos ponderativos que estejam expressos poderão ser avaliados em termos da sua fundamentação. Contudo, porque na base dos juízos ponderativos está a casuística, que raramente é igual, a ponderação que se faça comportará as diversas valorações do julgador. Consequentemente, a compreensão destes juízos continuará refém de uma ponderação e fundamentação *ad hoc* (de um *ad hoc balancing*), ao invés de nos remeter para regras abstractamente pré-determinadas (para um *definitional balancing*).

Portanto, a interpretação e a aplicação de princípios jurídicos (ou a ponderação que se tenha que fazer) permitem sempre um leque de escolhas alternativas, todas igualmente plausíveis e legítimas, eventualmente todas identicamente alicerçadas em elementos jurisprudenciais e dogmáticos, ou em *boas* razões práticas e gerais. Como corolário, a sindicância da correcção da decisão reconduz-se ao próprio fim obtido, à justiça da decisão, tendo por parâmetro uma consciência geral ou social. Poder-se-á falar aqui, talvez, na “livre escolha dos fins” referida por Engisch¹³⁰. A este propósito, lembramos, a jurisprudência divergente que foi tomada relativamente aos alunos do ensino recorrente, que só se estabilizou após os Acórdãos do TC e do STA.

¹³⁰ Cf. KARL ENGISCH, *Introdução, ob. cit.*, p. 205.

Ademais, a sindicância do processo lógico-dedutivo ou lógico racional¹³¹, que conduz a uma decisão através da qual o juiz aplica princípios, é também passível de ser feita por via da estruturação e da fundamentação desse processo.

Em conclusão, os critérios ou as regras para a redução da subjectividade do julgador, ou para a objectivação do método decisório, deverão ser encontradas nos elementos formais e exteriores à própria interpretação e aplicação do Direito. O estabelecimento dos limites da discricionariedade do julgador deverão procurar-se na estruturação e na fundamentação do discurso decisório, tentando-se alcançar uma racionalidade discursiva.

O processo decisório terá de ser coerente e racional, face à estruturação e à fundamentação que se lhe exige. Quanto à ponderação decisória, estará insita à fundamentação adoptada e reclama-se uma ponderação aceitável dentro dos valores da sociedade do momento, face aos desenvolvimentos ou ao sentir de uma comunidade jurídica.

No demais, o controlo da decisão judicial só pode fazer-se internamente, por via do próprio processo e por meio dos recursos, sob pena de se pôr em causa a autoridade que também se pretende imputar à decisão e ao caso julgado (decorrente das razões de segurança e de confiança no ordenamento jurídico).

Admite-se, ainda, que em situações de manifesta injustiça seja possível estabelecer um derradeiro critério de aferição material quanto à (in)correção decisória, por reporte para o fim visado com o julgamento, o de alcançar a justiça. Mas este critério material está reduzido a uma lógica da evidência. Será um controlo pela negativa, avaliado pelos padrões de uma consciência jurídica geral, que considera a manifesta injustiça da decisão, que não atinge o único e último fim a que se devia propor¹³².

De resto, quanto ao estabelecimento de outros critérios para além daqueles que resultam da própria estruturação do processo judicial, da configuração e fundamentação das sentenças, ou da aferição, em termos de juízo de evidência, do fim alcançado (de justiça), é algo que talvez não deva ter resposta.

¹³¹ Refira-se a posição de ANTÓNIO CORTÊS, que afasta a lógica da subsunção e a adopção de um método lógico-formal na aplicação de princípios, indicando para os mesmos, apenas, a lógica do peso ou da ponderação – cf. ANTÓNIO CORTÊS, *Jurisprudência*, *ob. cit.*, p. 227.

¹³² Cf. KARL LARENZ, *Metodologia*, *ob. cit.*, p. 293, quando refere o “conteúdo mínimo de justiça de decisão”.